

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
FACULDADE MINEIRA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PRIVADO

**ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE A
RECUPERAÇÃO JUDICIAL (Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005)
E A CONCORDATA PREVENTIVA (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945)**

Fabício Magalhães Neto

Belo Horizonte
2007

FABRÍCIO MAGALHÃES NETO

**ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE A
RECUPERAÇÃO JUDICIAL (Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005)
E A CONCORDATA PREVENTIVA (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945)**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito, Mestrado em Direito Privado, da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

Belo Horizonte
2007

FICHA CATALOGRÁFICA

M188a

Magalhães Neto, Fabrício

Análise comparativa entre a recuperação judicial (Lei Federal n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005) e a concordata preventiva (Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945) / Fabrício Magalhães Neto. Belo Horizonte, 2007. 210f.

Orientador: Rodrigo Almeida Magalhães
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito
Bibliografia

1. Falência. 2. Concordata preventiva. 3. Recuperação de empresa. 4. Brasil. [Lei de falências (1945)]. 5. Brasil. [Lei de falências (2005)].
I. Magalhães, Rodrigo Almeida. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.736

FABRÍCIO MAGALHÃES NETO

**ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE A
RECUPERAÇÃO JUDICIAL (Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005)
E A CONCORDATA PREVENTIVA (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945)**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito, Mestrado em Direito Privado, da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais,
Belo Horizonte, 2007.

Dr. Rodrigo Almeida Magalhães (Orientador) – PUC Minas

Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior – UESA

Dr. Eduardo Goulart Pimenta – PUC Minas

“A quebra é a ressaca econômica operada pelo excessivo uso do crédito – em ambos, a vertigem desempenha proeminente papel”.

Rudolfh von Jhering

RESUMO

Esta dissertação realizou uma análise comparativa entre a concordata preventiva prevista no revogado Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, e a recuperação judicial regulamentada pela Nova Lei de Falências — Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Seu objetivo foi analisar as inovações trazidas pela nova legislação concursal e quais os impactos para os agentes econômicos envolvidos. Foi realizado um estudo da evolução do direito concursal desde o surgimento e a evolução legislativa no Brasil. A pesquisa focou as disposições do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, sobre a concordata preventiva e as disposições da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, buscando as opiniões doutrinárias sobre os assuntos. O Decreto-Lei regulou todo o direito falimentar no Brasil por quase sessenta anos e dava prioridade à regulamentação da falência, mas também trazia a regulamentação de outros institutos jurídicos afins, que são a concordata preventiva e concordata suspensiva. Invertendo a ordem legislativa e priorizando a recuperação dos devedores em crise econômico-financeira, foi publicada a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. O grande objetivo da Nova Lei é possibilitar a recuperação judicial, para que os empresários e sociedades empresárias possam superar a situação de crise econômico-financeira, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. A última metade do século XX foi uma época de profundas mudanças no cenário empresarial mundial e obviamente também no cenário brasileiro. A empresa, ou sociedade empresária, como se refere a nova legislação, não possui mais apenas o papel econômico, mas também importante papel social. E a legislação empresarial e, dentro dela, a legislação referente à recuperação de empresários ou sociedades empresárias em dificuldades econômicas, deve adaptar-se a este novo cenário, no qual os objetivos empresariais são mais amplos. A Nova Lei de Falências é uma tentativa de adequar o direito concursal a esta nova realidade, priorizando a recuperação daqueles devedores que possuem dificuldades apenas momentâneas, em virtude de mudanças econômicas ou de insucessos temporários. Como resultado, a Nova Lei aumentou o leque de possibilidades de recuperação do empresário e da sociedade empresária em crise através da apresentação de um plano de recuperação que comprove a viabilidade da atividade empresarial. Incentiva a negociação direta do devedor com credores e possibilita a participação mais efetiva dos credores no processo de recuperação.

Palavras-chave: falência; concordata preventiva; recuperação judicial; recuperação extrajudicial; Decreto-Lei nº 7.661/45; Nova Lei de Falências.

ABSTRACT

This dissertation made a comparative analysis between the Brazilian preventive *concordata*¹ described in the revoked law (Decree n° 7.661, June 21, 1945) and the judicial business restructuring regulated by the New Brazilian Bankruptcy Law (Federal Law n° 11.101, February 09, 2005). Its objective was to analyze the innovations brought by the new Brazilian bankruptcy legislation and the impacts on the economic agents involved. There has been a study on the evolution of the bankruptcy law since the beginning and the legislative evolution in Brazil. The study emphasized the articles of the Brazilian Decree n° 7.661, June 21, 1945, about the preventive *concordata* and the articles of the Brazilian Federal Law n° 11.101, February 09, 2005, about the judicial business restructuring searching the doctrinal opinions about the subjects. The Decree regulated all the bankruptcy law in Brazil for almost sixty years and prioritized the regulation of the bankruptcy, but also it brought the regulation about the preventive *concordata* and suspensive *concordata*. Inverting the legislative order and prioritizing the business restructuring of the debtors in economic-financier crisis, it was published the Brazilian Federal Law n° 11.101, published on February 09, 2005, that regulates the judicial business restructuring, the prepackaged bankruptcy and the bankruptcy of the entrepreneur and the firms. The major objective of the new Brazilian law is to make possible the judicial business restructuring for the entrepreneurs and firms for them to be able to overcome the economic-financier crisis, therefore facilitating the maintenance of the producing source, the job of the workers and the creditors' interests, promoting, in this way, the preservation of the firm, its social function and the stimulation of the economic activity. The last half of 20th century was a time of deep changes in world business and also in the Brazilian business. The firm not only has the economic role, but also an important social function. And the business law, including the bankruptcy law, has to adapt itself to this new scene, in which the business objectives are more extensive. The New Brazilian Bankruptcy Law comes out trying to adjust the bankruptcy right to this new reality, prioritizing the business restructuring of the debtors who have small difficulties due to economic changes or temporary failures. As result, the Brazilian New Law increased the possibilities of business restructuring of the entrepreneur and the entrepreneurial society in crisis by through a business restructuring plan that proves the viability of the business activity. It stimulates the direct negotiation of the debtor with creditors and makes possible a more effective participation of the creditors in the business restructuring process.

Key-words: bankruptcy; preventive *concordata*; judicial business restructuring; prepackaged bankruptcy; Brazilian Decree n° 7.661/45; New Brazilian Bankruptcy Law.

¹ The term was affixed in Portuguese because does not exist equivalent word in English. It was a process designed to prevent a firm from having its bankruptcy declared. It was like a judicial forced agreement.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. O DIREITO CONCURSAL.....	12
1.1. Evolução histórica da falência	13
1.2. A falência no direito brasileiro.....	18
2. A CONCORDATA.....	25
2.1. Origem histórica da concordata.....	26
2.2. A concordata no direito brasileiro	28
3. A CONCORDATA PREVENTIVA NO DECRETO-LEI Nº 7.661, DE 21 DE JUNHO DE 1945	40
3.1. Requisitos para o requerimento da concordata preventiva.....	43
3.2. Procedimento da concordata preventiva	51
3.3. Embargos à concordata preventiva	53
3.4. Comissário	56
3.5. Efeitos da concordata para o devedor	60
3.6. Efeitos da concordata para os credores	65
3.7. Rescisão da concordata	70
3.8. Recursos.....	74
4. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL INSTITUÍDA PELA LEI FEDERAL Nº 11.101, DE 09 DE FEVEREIRO DE 2005	78
4.1. Requisitos para o requerimento da recuperação judicial	89
4.2. Meios de recuperação judicial	104
4.3. Plano de recuperação judicial.....	108
4.4. Plano de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte	110
4.5. Procedimento da recuperação judicial	114
4.6. Impugnação aos créditos	127
4.7. Administrador judicial.....	133
4.8. Comitê de Credores.....	142
4.9. Assembléia-geral de credores.....	147
4.10. Efeitos da recuperação judicial para o devedor	160
4.11. Efeitos da recuperação judicial para os credores.....	165
4.12. Convolação da recuperação judicial em falência	172
4.13. Recursos.....	175
4.14. Recuperação extrajudicial.....	177
5. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA NOVA LEI DE FALÊNCIAS E SEUS IMPACTOS EM RELAÇÃO À CONCORDATA PREVENTIVA	184
6. CONCLUSÃO	191
REFERÊNCIAS.....	197

INTRODUÇÃO

O Decreto-Lei nº 7.661, publicado em 21 de junho de 1945, conhecido no mundo jurídico como Lei de Falências, regulou todo o direito concursal no Brasil desde a data em que entrou em vigor, 01 de novembro de 1945, até o ano de 2005. Como o próprio nome — Lei de Falências — indicava, este Decreto-Lei dava prioridade à regulamentação da falência, mas também trazia a regulamentação de outros institutos jurídicos afins, que são a concordata preventiva e concordata suspensiva. Invertendo a ordem legislativa e priorizando a recuperação de empresários e sociedades empresárias, no dia 09 de fevereiro de 2005 foi publicada a Lei Federal nº 11.101, que regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência. Esta Nova Lei, que entrou em vigor no dia 09 de junho de 2005, prioriza a recuperação dos devedores que passam por dificuldades econômico-financeiras, com o objetivo de possibilitar que continuem existindo e cumprindo os fins sociais a que se destinam, como a manutenção dos empregos, recolhimentos de tributos e o papel econômico que todo empresário e sociedade empresária exercem.

Esta necessidade de mudanças no direito concursal, estando nele incluído o estudo da concordata ou da recuperação judicial e extrajudicial, nos termos da nova legislação, não foi sentida apenas no Brasil. Trata-se de uma tendência em vários países do ocidente, que buscam uma legislação mais adequada à nova realidade da economia mundial.

O direito concursal tinha historicamente a finalidade de atender aos interesses dos credores, em algumas épocas até mesmo com restrições à liberdade ou à vida do devedor. Na tradição romana, o devedor respondia não só com seu patrimônio, mas com seu próprio corpo, tornando-se escravo do credor em caso de não pagamento. Mas, como toda área do direito, o direito concursal também evolui.

As modificações advindas com a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, foram muitas, sendo de fundamental importância uma análise detalhada destas modificações introduzidas no ordenamento jurídico. Estas modificações buscam a modernização da legislação concursal para que se possa adequar à nova realidade social e empresarial, com procedimentos mais céleres e que realmente possibilitem a recuperação de devedores em dificuldades. Muito se preocupa, também, com a apresentação de um plano de recuperação que demonstre a viabilidade econômica da atividade empresarial, ao mesmo tempo em que exponha todas as dificuldades momentâneas e como estas podem ser superadas.

O trabalho busca expor quais as inovações trazidas pela nova legislação concursal brasileira no que diz respeito à substituição da concordata preventiva pela recuperação judicial de empresários e sociedades empresárias e quais os impactos para estes agentes econômicos.

O deputado federal, relator do projeto da Nova Lei de Falências, Osvaldo Biolchi (In: TOLEDO; ABRÃO, 2005, p. XII) destaca a realidade do antigo Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945:

A Lei de Concordata e Falências era mais um procedimento liquidatário do que um meio solutório de recuperação de empresas em crise. E tanto é verdade que o art. 2º do Decreto-Lei n. 7.661/45 conferia a possibilidade de quebra do comerciante que convocava os seus credores para lhes propor acordo de qualquer espécie, desde prazos até a remissão de créditos ou cessão de bens (art. 2º, VII da mencionada legislação).

A Nova Lei de Falências busca incentivar a negociação entre devedor e credores, apresentando-lhes tanto a recuperação extrajudicial, quanto a judicial. O objetivo é que o devedor em crise se recupere e continue atuando no mercado. Como destaca Manoel Justino Bezerra Filho (2005, p. 130):

Legislações mais modernas partem do princípio de que a manutenção do funcionamento da empresa é de interesse social acentuado, de tal forma que o projeto permite o afastamento dos sócios (pessoas físicas) e a manutenção da empresa funcionando, se necessário, com outros administradores, e sob a fiscalização do Judiciário.

Assim, foi traçada, como hipótese, que os impactos da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, serão benéficos para os empresários e sociedades empresárias e, em decorrência, para a economia brasileira como um todo, na medida em que trarão maior segurança jurídica, mais celeridade nos processos judiciais, mais opções para os empresários e sociedades empresárias em dificuldades econômicas e maior prazo para que esta recuperação aconteça. Medidas estas mais adequadas à nova realidade empresarial do século XXI.

Como objetivo geral, buscou-se analisar quais as alterações trazidas pela Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, em relação à concordata preventiva que foi substituída pela recuperação judicial de empresários e sociedades empresárias e quais os impactos destas inovações para os devedores que estão sujeitos a este instituto jurídico.

Para analisar as alterações trazidas pela nova legislação, foram avaliados os seguintes objetivos específicos: evolução histórica que culminou na concordata preventiva, principais características da concordata preventiva, principais efeitos da concordata preventiva para

devedor e credores, modificações trazidas pela Nova Lei de Falências com a introdução da recuperação judicial, principais características da recuperação judicial e novos efeitos advindos da recuperação.

A literatura especializada em direito concursal no Brasil é vasta e diversificada. Tem como objeto de estudo prioritário a falência. Existem estudos nas áreas jurídica, econômica, social, administrativa, contábil, fiscal, dentre outras. Dentre estes vários campos, o interesse se concentrará na literatura jurídica sobre a concordata preventiva.

A recuperação judicial foi introduzida pela Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que entrou em vigor em 09 de junho de 2005. Até então, o Brasil desconhecia tal figura jurídica em seus textos legais.

A pesquisa teve como marco teórico autores que trataram de direito concursal, adotando como norte para a concordata as idéias expostas por Trajano de Miranda Valverde e Rubens Requião, que trataram a concordata como uma espécie de benefício para o comerciante com dificuldades econômicas. A pesquisa se restringiu à concordata preventiva, que é aquela requerida antes do pedido de falência do devedor e que tem com objetivo afastar a possibilidade da declaração da falência. A restrição do objeto à concordata preventiva se dá porque esta deveria ser utilizada antes que se instaurasse o processo falimentar.

A Nova Lei de Falências, ao inverter a ordem de previsão dando prioridade à recuperação judicial em detrimento da falência, objetiva incentivar aos devedores a tentar se recuperar financeiramente antes que seja declarado o estado falimentar. A recuperação judicial pode ser requerida somente antes de decretação da falência, tendo como prazo máximo os dez dias que o devedor tem para se defender do pedido de decretação da falência.

Pela novidade que é a regulamentação legislativa sobre a recuperação judicial no direito Brasileiro, a literatura jurídica sobre o tema se desenvolveu a partir do ano de 2005, data de publicação na Nova Lei. Várias obras são de autoria coletiva, sendo cada capítulo escrito por um autor, sob a coordenação de um ou alguns responsáveis. Assim, não se determinou um autor específico sobre este tema. Foi feita uma revisão das principais publicações brasileiras, na tentativa de se estabelecer um marco teórico sobre a recuperação judicial.

O trabalho se estruturou em cinco capítulos divididos em subtítulos na seguinte ordem:

O primeiro capítulo expõe sobre o direito concursal. Inicia-se com a exposição da importância do crédito para as relações econômicas e mostra o tratamento dado aos devedores que não pagavam suas dívidas, desde o direito romano até os dias atuais, passando pelo

surgimento e evolução da falência. Serve para contextualizar o surgimento da concordata como forma de afastar a decretação da falência.

O segundo capítulo trata da concordata. Situa historicamente a concordata até chegar ao direito brasileiro. Expõe as legislações brasileiras que trataram da concordata e como foi a evolução da regulamentação até chegar ao Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

O terceiro capítulo analisa a concordata prevista no Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, com enfoque na concordata preventiva, como já justificado acima. Caracteriza a concordata preventiva material e processualmente, expõe os requisitos para que o devedor requeresse a concordata, qual o procedimento judicial previsto, como os credores discordantes poderiam combater a concordata. Explica o papel do comissário na concordata preventiva. Discorre sobre os efeitos da concessão de concordata para o devedor e os credores. Mostra os motivos que poderiam resultar na rescisão da concordata e quais os recursos previstos para o processo de concordata.

O quarto capítulo ocupa-se da recuperação judicial prevista na Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Como a regulamentação é bem diferente da legislação anterior, após contextualização do instituto e apresentação dos requisitos indispensáveis à concessão da recuperação judicial, passou-se à análise da estrutura da recuperação judicial e suas inovações frente ao antigo Decreto-Lei.

Traz, a Nova Lei, vários meios de recuperação judicial e ainda permite que o devedor planeje sua recuperação da forma que melhor lhe aprouver. Para tal, terá que apresentar um plano de recuperação que convença os credores, pois terá que ser aprovado por estes. Analisa, inclusive, o plano especial de recuperação judicial para as microempresas e empresas de pequeno porte.

O procedimento da recuperação judicial é exposto, bem como a forma que os credores têm para impugnar os créditos apresentados na recuperação judicial. A Nova Lei de Falências criou órgãos que participam da recuperação e da falência. Assim, o comissário e o síndico foram substituídos pelo administrador judicial. O Comitê de Credores é composto por representantes dos credores e, juntamente com o administrador judicial, tem como principal função fiscalizar a conduta do devedor durante o processo de recuperação. A assembleia-geral de credores será composta por todos os credores habilitados no procedimento de recuperação e tem como principal função a aprovação do plano de recuperação apresentado pelo devedor.

Após, são expostos os efeitos da recuperação para o devedor e para os credores. Quais créditos são abrangidos e quais ficam de fora da recuperação judicial. São expostas as causas

que podem dar origem à decretação da falência durante o processo de recuperação judicial e os recursos previstos para combater as decisões proferidas neste processo.

Como a Nova Lei prevê como alternativa para o devedor a recuperação extrajudicial, o último subtítulo trata da homologação do plano de recuperação extrajudicial e quais os efeitos desta homologação.

O quinto capítulo tem o objetivo de agrupar as inovações trazidas pela Nova Lei e expor os impactos de tais inovações frente à legislação anterior.

Por último, é apresentada a conclusão como forma de finalizar a análise proposta.

1. O DIREITO CONCURSAL

Desde os primórdios, o direito se ocupa em garantir aos credores o recebimento de seus créditos, o que foi feito das mais diversas formas ao longo dos séculos.

Quando a humanidade deixa de ser exclusivamente extrativista, inicia-se um período em que a agricultura era utilizada apenas para a subsistência. As famílias tinham que produzir tudo o que fosse necessário para sobreviver. Em momento posterior, iniciaram-se as primeiras trocas. Os excedentes da produção eram trocados com outros grupos que tinham interesse e apresentavam algo que interessasse aos outros permutantes. Neste momento histórico, ainda não existia o crédito. Só era possível trocar algo que se possuía.

A sociedade foi evoluindo e as relações sociais tornando-se mais complexas. Então, foi criada a moeda para intermediar as trocas (VICECONTI, 1996). Surgem, também, pessoas que, ao invés de cultivar a terra, passam a viver da intermediação destas trocas, retirando, daí, um ganho financeiro, o lucro ou mais valia. Começa a nascer a classe dos comerciantes, pessoas que compravam mercadorias e as revendiam por um preço superior, conseguindo, assim, o seu sustento.

Continuando esta evolução social, aparece o crédito. “*O desenvolvimento do sistema de trocas acha no crédito sua última expressão*” (JHERING, 1953, p. 156). Comprava-se a mercadoria para pagá-la algum tempo depois. Rudolf von Jhering (2002, p. 124) explica que: “*O contrato de compra e venda iniciou como compra à vista, e somente no decorrer de seu desenvolvimento é que se alinhou junto a ele, a compra a crédito*”.

Explicando como funciona o crédito, doutrina Fran Martins (2002, p. 3) que: “*pode alguém, hoje, ser suprido de determinada importância, empregá-la no seu interesse, fazê-la produzir em proveito próprio desde que tenha assumido a obrigação de, em época futura, retornar a quem lhe forneceu a importância de que se utilizou*”.

Assim, quem concede o crédito fica com o direito de cobrar do devedor o que este prometeu pagar. O crédito baseia-se na confiança de quem concede em quem toma e no prazo para o pagamento ser realizado. Sem estes elementos — prazo e confiança — não existe o crédito. Rudolf von Jhering (1953, p. 171) adverte para os perigos do crédito:

O crédito comercial, bem utilizado, aumenta o poder do indivíduo, cria a vida das relações sociais; mas pelo contrário, o seu emprego abusivo é causa da ruína e corrupção tanto dos que a ele recorrem, como dos que o concedem.

Para manter a ordem social, o direito precisou criar mecanismos para proteger aos credores e garantir que estes recebessem o que lhes era devido.

1.1. Evolução histórica da falência

O direito romano, expresso na Lei das XII Tábuas, insculpida no ano de 450 a.C.², responsabilizava o devedor personalissimamente pelo pagamento de suas dívidas. Caso não pagasse, poderia ser atingido em sua liberdade, em sua honra, pagar com sua vida ou seu corpo. Chegava ao ponto de ser esquartejado e partilhado entre seus credores, como meio simbólico de pagamento (FERREIRA, 1955). Claro que os credores não recebiam nenhum valor quando esse fato ocorria, pois isso só se dava quando o devedor já se encontrava insolvente e sem meios para arcar com suas obrigações. Tal medida tinha a função de pena, intimidava os outros devedores e fazia com que estes pagassem o que deviam, pois, do contrário, já sabiam o fim que os aguardava. Há quem afirme até que tal esquartejamento tratava-se apenas de lenda, posto que não se encontra nenhum registro de que um devedor fora esquartejado: *“Desde a antigüidade, ninguém leu ou ouviu que alguém houvesse sido cortado e o rigor dessa pena não pode ser reconhecido”* (BATALHA; RODRIGUES NETTO, 1999, p. 53). Rubens Requião (1998, p. 8) também afirma que não há registros históricos do esquartejamento: *“os autores estão concordes em que a História, nas crônicas latinas, não registra nenhum caso da aplicação de norma tão cruel”*.

A *Lex Poetelia Papiria*, do ano 428 ou 441 da fundação de Roma (a data não é pacífica na doutrina³), afastou a possibilidade de o devedor pagar com o próprio corpo e

² Apesar da data variar um pouco na doutrina, José Carlos Moreira Alves (2004, p. 24) afirma: *“Em 454 a.C., segue para a Grécia uma embaixada, composta de três membros, para estudar a legislação de Sólon. Quando de seu retorno, em 452 a.C., são eleitos os decênviros, que, durante o ano de 451 a. C., elaboram um código de 10 tábuas. Mas, como o trabalho estava incompleto, elege-se novo decenvirato (do qual faziam parte alguns membros do primeiro e – o que era inovação – alguns plebeus), que, em 450 a.C., redige mais duas tábuas, perfazendo, assim, o total de 12 (por isso: Lei das XII Tábuas)”*. No mesmo sentido afirma Aluísio Gavazzoni (1999).

³ José Cândido Sampaio de Lacerda (1999, p. 41) traz: *“passou a vigorar em 428 a lei Poetelia Papiria”*. Rubens Requião (1998, p. 8) expõe: *“No ano de 428 ou 441 a.C., não se precisando bem a data, surgiu a Lex Poetelia Papiria”*. Dylson Dória (2000, p. 156) afirma: *“com a Lex Poetelia Papira, do ano de 428, ou 441 de Roma”*. Amador Paes de Almeida (2002, p. 3) confirma: *“Tal sistema perdurou até 428 a. C., com a promulgação da Lex Poetelia Papiria”*. José Reinaldo de Lima Lopes (2002) afirma ser a *Lex Poetelia* de 326 a.C. O eminente Alfredo Rocco (1962, p. 129) traz: *“lex Poetelia del 428 o del 441 di Roma”*. Pela

limitou a cobrança às possibilidades patrimoniais do devedor insolvente. Não mais se admitia a execução pessoal, mas apenas a responsabilidade patrimonial do devedor. Apesar de parecer coisa óbvia para o direito hodierno, na época significou grande avanço, pois o credor não mais tinha a possibilidade de se tornar dono do devedor, não mais podia vendê-lo como escravo ou forçá-lo a trabalhar para pagar a dívida. Deixaram de ser permitidos os castigos pessoais. Então, o direito romano teve que criar outros mecanismos para garantir o pagamento das dívidas.

Segundo José Cândido Sampaio de Lacerda (1999), a *Lex Aebutia*, da segunda metade do século II antes de Cristo⁴, foi a primeira a prever a transferência da administração dos bens do devedor insolvente para um dos credores. A pedido do credor, o *pretor* poderia nomear uma pessoa (*curator*) para se responsabilizar pela administração provisória do patrimônio do insolvente até o pagamento de todos os credores. O *curator* deveria dar publicidade à insolvência do devedor afixando a ordem do *pretor* em lugares públicos e bem frequentados da cidade, a fim de que os outros credores ficassem sabendo e entrassem na repartição do patrimônio do devedor. Existia, também, a possibilidade de que algum amigo ou parente do devedor pagasse suas dívidas para vê-lo livre de tal situação. Se os bens do devedor não fossem suficientes para o pagamento de todos os credores, o administrador deveria prover o pagamento proporcional na medida da capacidade do patrimônio. Acaso a dívida não fosse toda quitada, o restante continuava sob a responsabilidade do devedor. Porém, este não poderia sofrer nenhum castigo pessoal. O patrimônio futuro também responderia pelo restante da dívida.

A *Lex Julia*, do ano de 737 da fundação de Roma⁵, instituiu o direito de o devedor escolher transferir seus bens parceladamente aos credores, que teriam a possibilidade de alienar os bens recebidos e ficar com o valor apurado para pagamento da dívida. Tudo sob a fiscalização do *pretor*. Para o credor ter direito a receber os bens do devedor, ou mesmo fazer parte do rateio dos valores apurados com a venda de tais bens, teria que ter seu crédito reconhecido pelo *pretor*. Tal rigor evitava fraudes e embates entre os credores, já que a decisão era do *pretor*. O devedor ainda passou a ter o direito de ficar com uma pequena parte de seu patrimônio para suprir suas necessidades básicas (LACERDA, 1999). Nessa fase,

inconsistência da doutrina, optou-se por expor as duas datas no calendário romano. Tendo Roma sido fundada em 753 a.C., as datas correspondem a 326 a.C. e 312 a.C..

⁴ Mais uma vez a data não é precisa na literatura especializada. José Cândido Sampaio de Lacerda (1999) diz que a *Lex Aebutia* seria do ano 643 do calendário romano, que equivaleria ao ano 110 a.C. José Reinaldo de Lima Lopes (2002) expõe que a *Lex Aebutia* teria sido editada entre 149 e 126 a.C. e Antônio Manoel Hespánha (2005) afirma que a data seria 149 a.C.

⁵ A data equivale a 16 a.C., já que Roma foi fundada em 753 a.C.

iniciou-se a estruturação de alguns procedimentos falimentares que subsistem até hoje: *“Desde então, o credor, que tomava iniciativa da execução, agia em seu nome e por direito próprio, mas também em benefício dos demais credores. Com isso, veio a formar-se o conceito da massa e o da massa falida”* (FERREIRA, 1955, p. 11).

Na Idade Média, a depuração do processo de pagamento coletivo aos credores do insolvente continuou a delinear o procedimento do processo falimentar. Com o fortalecimento do Estado, os abusos privados passaram a ser coibidos e o processo de execução coletiva foi-se consolidando.

Na Idade Média, contudo, a tutela estatal assume especial relevo, condicionando a atuação dos credores à disciplina judiciária. O concurso creditório é rigidamente disciplinado, com obrigatoriedade dos credores habilitarem-se em juízo, por onde se processa a arrecadação dos bens do devedor, atribuindo-se ao juiz a função de zelar “por que se guardasse e vendesse, partilhando-se o produto entre credores”. (ALMEIDA, 2002, p. 4).

José Xavier Carvalho de Mendonça (1916, p. 13) afirma que o processo de execução coletiva desenvolvido no direito romano foi aperfeiçoado na Idade Média, época em que foram criados vários institutos do processo falimentar para que se pudesse aplicar à nova realidade comercial:

O velho direito italiano foi, pode-se dizer, o laboratório da falência moderna. Estabeleceu a designação normal dos síndicos; o seqüestro dos bens e livros do devedor; o balanço; o exame de livros e contas; a verificação do ativo e passivo; a publicidade da falência; o vencimento antecipado das dívidas a prazo; o período suspeito; a privação do falido da administração de seus bens; a distribuição de dividendos proporcionais à importância dos créditos, salvo preferências hipotecárias e privilegiadas; a prestação de alimentos ao falido em certos casos; o acordo entre falido e os síndicos representantes dos credores e aprovado pela maioria destes, obrigando a todos os outros ausentes e dissidentes; a cessão de bens concedida aos falidos casuais, etc., etc.

O desenvolvimento comercial das cidades mercantis do Norte da Itália possibilitou a estruturação do processo falimentar. Claro que ainda de forma incipiente, mas já se utilizavam alguns procedimentos característicos da falência, como aponta José Xavier Carvalho de Mendonça (1916) na citação acima. Não só o direito falimentar, mas todo o direito comercial foi estruturado nesta época.

Na realidade, Roma não teve um verdadeiro direito comercial, isto é, um direito especial do comércio. A jurisprudência romana, que teve tão esplêndida floração, e que soube dar vida a um tão perfeito sistema jurídico, fundamento e base, ainda hoje, de tão grande parte do direito vigente, criou, apenas, algumas e dispersas normas exclusivamente destinadas a regular relações comerciais. [...]

Só na Idade Média o direito comercial apareceu e se afirmou como direito autônomo.

Cabe à Itália a glória de ter criado e difundido este novo e orgânico complexo de institutos jurídicos, merecendo, por isso, no campo da jurisprudência comercial, o nome de berço e de difundidora do direito. (ROCCO, 1931, p. 4-8).

Tal se deu pela própria necessidade das atividades desenvolvidas naquela região. Eram cidades em que se desenvolviam intensas atividades mercantis, sendo sua maior fonte de renda o comércio com outras regiões. Assim, foram necessárias normas para regular a atividade comercial e, também, para normatizar a insolvência a que estavam sujeitos os comerciantes da região.

José Cândido Sampaio de Lacerda (1999, p. 42) afirma que cada cidade tinha um procedimento específico que era adotado na falência, mas que, em regra, adotava-se:

A falência poderia ocorrer por três hipóteses:

- a) em caso de fuga do devedor;
- b) a requerimento do credor; ou
- c) a pedido do próprio devedor, fosse este comerciante ou não.

O credor, ao requerer a falência, deveria provar a sua qualidade de credor e ainda demonstrar a insolvência do devedor. Justificando, desse modo o seu pedido, era o devedor intimado a comparecer e, caso isso não se verificasse, procedia-se o seqüestro geral dos bens do devedor. Se, ao contrário, o devedor comparecesse, duas hipóteses poderiam ser verificadas: ou ele confessava sua insolvência e então podia optar pela *cessio bonorum*⁶ ou pelo seqüestro geral ou, então ele contestava o pedido, negando a insolvência, caso em que teria que satisfazer seus credores. Como a falência era determinada pela insolvência, retrotraia ela a um prazo determinado e dentro desse prazo todos os atos praticados pelo falido seriam nulos. Pronunciada a falência, os credores, em assembléia e por maioria, nomeavam os síndicos, escolhidos quase sempre dentre eles, e que assumiam a administração da falência. Os credores eram convocados a se apresentarem comprovando seus créditos dentro de prazo fixado pelo magistrado, podendo algumas vezes ser o crédito confirmado por juramento.

Havia sanções severas para os que apresentassem como credores de crédito inexistente, quando, então teriam que contribuir com certa soma em favor da comunidade. E aquele que pretendesse fazer valer um crédito por quantia maior que a devida, perderia o próprio crédito. Os créditos eram também graduados, de acordo com as preferências determinadas, cabendo, em alguns estatutos, ao *iudex potioritatis* (juiz das preferências) decidir sobre a existência dos privilégios para estabelecer a graduação dos créditos.

Os falidos eram tidos como criminosos, considerados defraudadores e a legislação os punia severamente. “*Como é sabido, a insolvabilidade de um mercador, nos estatutos corporativos medievais, não dava apenas ensejo à apuração de crimes praticados pelo falido. Ela era em si mesma um crime*” (COMPARATO, 1970, p. 95). Afirma José Cândido Sampaio de Lacerda (1999) que devido às rigorosas penas impostas aos falidos, estes faziam de tudo

⁶ *Cessio bonorum*: expressão em Latim que significa “*cessão de bens do devedor insolvente, sem culpa*” (VALLE, 2004, p. 113).

para evitar a decretação da falência, utilizando-se até mesmo de meios ilícitos e, quando não era possível evitar, muitos fugiam para não terem que se submeter às penas.

Segundo Waldemar Martins Ferreira (1955), Gustavo Bonelli afirma ser de Salgado de Samoza o primeiro tratado que sistematizou o direito concursal. O livro foi editado na Espanha no ano de 1660. Teve grande repercussão em toda a Europa e principalmente na Alemanha. Defendia menor autonomia aos credores do falido e maior participação do judiciário:

Pela doutrina nele exposta, pouca devia ser a autonomia dos credores, submetidos à disciplina judiciária. Deviam eles deduzir seu direito em juízo. Arrecadava-se neste o patrimônio do devedor quebrado. Cabia ao juiz zelar por que se guardasse e vendesse, partilhando-se o produto entre os credores. Tudo, dessarte, devia concentrar-se no poder judiciário. Administrar. Verificar. Pagar. Sujeitavam-se-lhe os credores hipotecários. Também os reivindicadores. E tudo pela força atrativa da falência. (FERREIRA, 1955, p. 14).

Há que se mencionar, também, o Código Comercial Francês de 1807. Tal Código considerava que em toda falência existiam atos fraudulentos e que o devedor teria que ser punido com muita severidade. Vê-se claramente a influência de Napoleão na redação dessa parte do Código Comercial Francês. São várias as narrativas dos autores no sentido de exigências emanadas do próprio Napoleão para se punir o falido⁷.

Em 1838, o Código Napoleônico foi reformado e foi adotada na França a tendência que já se notava em outras ordenações comerciais de não se considerar o falido como criminoso. A falência passou a ser adotada como fato econômico a que os comerciantes

⁷ “É conhecida a polêmica travada entre o conselheiro de Estado Segur e Napoleão. ‘Convém evitar-se, dizia Segur, em considerar o falido sempre como um desafortunado ou, então, como um malfetor. Frequentemente a falência é um naufrágio, culpa exclusiva do destino. O comércio tem suas tempestades como oceano. Os acontecimentos do mundo, as desordens políticas, a guerra, a paz, a carestia da vida, a própria abundância provocam alterações imprevistas, que se refletem rápido no comércio, burlando as mais certas das combinações. É frequente um comerciante, enganado em sua confiança e agravado pela falência de outros comerciantes, achar-se constrangido a deixar de cumprir suas obrigações’. Mas Napoleão refutava: ‘não compreendo distinções entre falidos. Quem mata um homem ainda que acidentalmente, por exemplo, numa caçada, é detido como acusado de um crime; depois é que se examina se é ele culpado ou inocente. Atualmente a severidade é uma necessidade. A falência serve para criar uma fortuna, sem fazer perder a honra: isto é preciso impedir. É preciso impedir que o falido ostente ares de triunfo ou de indiferença, que ele se apresente, pelo menos, em público com o aspecto abatido de um homem que foi vítima da desventura. A detenção do falido produzirá efeitos de correção’. Mas Segur observou ao Imperador que não se poderia privar um homem da liberdade antes de examinar a sua conduta, que justificasse tão grave medida. E Napoleão rebateu afirmando que em toda a falência havia um delito, porque o falido cometera uma culpa para com os seus credores”. (BOLAFFIO apud LACERDA, 1999, p. 43).

“Locré registrou a comparação que se tornou célebre, do Imperador, que sustentava: ‘Em toda falência existe um corpo de delito, visto que prejudica os credores. É possível que ele não tenha má intenção, embora isso seja raro; mas o falido se defenderá. Um capitão que perde seu navio, por naufrágio, se recolhe desde logo à prisão; se se lhe reconhece que a perda de seu navio é consequência de um acidente, põe-se o capitão em liberdade’.” (LOCÉRÉ apud REQUIÃO, 1998, p. 12).

estavam sujeitos, uma vez que vivem as incertezas da atividade comercial, que se comporta como a maré: ora está em alta, ora está em baixa. A legislação passou a se ocupar mais em evitar as fraudes e deixou de ter a falência como ato delituoso.

1.2. A falência no direito brasileiro

No tempo do Brasil colônia a legislação aqui aplicada era a de Portugal. Quando do descobrimento do Brasil em 1500, Portugal era regido pelas Ordenações Afonsinas que foram compiladas em 1446, no reinado de D. Afonso V. Nesse período, o devedor que não tinha meios de pagar suas dívidas não podia ser preso. Seus bens eram arrolados e fazia-se a listagem de todas as dívidas. Se o patrimônio não fosse suficiente para quitar o que devia, o devedor continuava responsável pelos débitos não quitados, mas não podia ser preso ou apenado com a morte. Tais penas só eram permitidas se ficasse caracterizada a má-fé do devedor insolvente. Neste caso, era havido como criminoso (FERREIRA, 1955).

Em 1521, D. Manuel fez uma revisão das Ordenações Filipinas, passando a ser chamada, então, de Ordenações Manuelinas. Tal revisão não alterou em muito o incipiente direito falimentar da época, mas serviu para agravar as penas impostas contra os falidos. Se estes entregassem o patrimônio sem esconder nenhuma parte poderiam se ver livres da pena de prisão, mas, caso contrário, trazia as Ordenações:

E sendo o devedor condenado por sentença que passe em julgado faça-se em seus bens execução e não lhe achando bens que bastem para a dita condenação, em tal caso deve o dito devedor ser preso e retido na cadeia até que pague o em que for condenado. (REQUIÃO, 1998, p. 16).

As Ordenações Filipinas editadas em 1603 trouxeram a diferenciação entre o devedor de má-fé, que não seria condenado à morte mas poderia ser banido do país, e o devedor de boa-fé, que perdia seu patrimônio mas não sofria a imposição de penas pessoais. Traz Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Marina L. Batalha de Rodrigues Netto (1999, p. 66) o seguinte trecho das ordenações:

E as pessoas que por sua culpa perderem sua fazenda, jogando, ou gastando demasiadamente, incorrerão nas sobreditas penas, exceto não serão havidos por públicos ladrões, nem serão condenados em pena de morte natural mas em penas de degredo, segundo a qualidade da culpa, em que forem compreendidos, e quantidade

das dívidas, com que quebrarem e se levantarem. E aos que caírem em pobreza sem culpa sua, por receberem grandes perdas no mar, ou na terra em seus tratos e comércios lícitos, não constante de algum dolo, ou malícia, não incorrerão em pena alguma crime (sic).

As Ordenações Filipinas foram alteradas pela edição de alguns alvarás, sendo o mais significativo deles, segundo Waldemar Martins Ferreira (1955), o editado em 13 de novembro de 1756, que traçou o processo de falência semelhante ao que se vê no direito moderno. O alvará estabelecia que um dos deputados da junta do comércio deveria ir até a casa do falido para fazer o inventário de todos os seus bens, devendo levar para a junta todos os livros e papéis que pudessem elucidar os motivos da falência e apresentar a sua situação patrimonial. A junta nomearia uma espécie de síndico, escolhido entre os homens de negócio da praça, que receberia todos os bens do falido em depósito. Ficava sob sua responsabilidade a divulgação do nome do falido, o que deveria ser feito na gazeta local, para que todos os credores pudessem apresentar seus créditos perante a junta do comércio. A junta julgaria os créditos apresentados e, se considerasse a quebra fraudulenta, remeteria a decisão para o juízo conservador do comércio, que deveria se pronunciar e prender os culpados para que respondessem a processo criminal.

Todos os bens arrecadados deveriam ser leiloados e o fruto deste leilão deveria ser dividido proporcionalmente entre os credores, nos seguintes termos:

Pagas as dívidas da alfândega, deduzir-se-iam dez por cento, os quais se entregariam 'caritativamente' ao mercador, de cujo seqüestro se tratasse, para com ele socorrer, a indigência de sua casa, e 'família'; e o resto repartir-se-ia pelos credores por um justo rateio mercantil, levando cada um deles o que proporcionalmente lhe coubesse, segundo a quantia da dívida a que fosse acreedor (sic). (FERREIRA, 1955, p. 20).

Nota-se, neste procedimento adotado por Portugal, nítida influência da Espanha, que já havia sistematizado a falência desde meados do século XVII, como já exposto anteriormente. Leiloados os bens e repartido o resultado entre os credores extinguiu-se todas as dívidas do falido. Trazia o alvará:

Todo o Homem de Negócios, cujos bens forem arrecadados, e repartidos na sobredita forma, pela determinação do seqüestro ordenado no Parágrafo vinte desta Lei, fique reputado por civilmente morto, e por extintas todas as ações, que contra ele pudessem competir aos seus credores até o tempo da referida determinação: E que pela outra determinação de partilha, ordenada no Parágrafo vinte e dois, seja também havido, como se civilmente ressuscitasse, para livre, e desembaraçadamente traficar, e comerciar, como uma nova pessoa, que antes dita ressurreição civil não houvesse existido no mundo. (REQUIÃO, 1998, p. 21).

Com a proclamação da república, o Brasil continuou a adotar a legislação portuguesa. A lei de 20 de outubro de 1823 determinou que se aplicasse a lei das nações civilizadas, o que trouxe uma grande influência do direito francês, dada a larga utilização do Código Napoleônico, como afirma José Cândido Sampaio de Lacerda (1999, p. 45):

Proclamada a independência, continuou o país a reger-se pelas leis portuguesas, mandando a lei de 20 de outubro de 1823, de acordo com a lei da Boa Razão, que se aplicasse o antigo direito dos povos cultos, ou melhor, ‘das nações cristãs, iluminadas e polidas’. Por esse, muitas vezes, conforme informação de CARVALHO DE MENDONÇA⁸, aplicou-se de preferência o Código Comercial Francês⁹.

A primeira lei brasileira sobre a falência foi o Código Comercial, instituído pela Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. O Código Comercial regulou o procedimento da falência em sua Terceira Parte, intitulada “Das Quebras” e dividida em oito títulos: Título I – Da natureza e declaração das quebras, e seus efeitos (arts. 797 a 841); Título II – Da reunião dos credores e da concordata (arts. 842 a 854); Título III – Do contrato de união, dos administradores, da liquidação e dividendos, este título foi dividido em dois capítulos, Capítulo I – Do Contrato de União (arts. 855 a 858) e Capítulo II - Dos administradores, da liquidação e dividendos (arts. 859 a 872); Título IV – Das diversas espécies de créditos e suas graduações (arts. 873 a 879); Título V – Das preferências e distribuições (arts. 880 a 892); Título VI – Da reabilitação dos falidos (arts. 893 a 897); Título VII – Das moratórias (arts. 898 a 906); Título VIII – Disposições gerais (arts. 907 a 911).

Teve o Código Comercial forte influência do direito francês, tendo sido alicerçado no Código Francês de 1807. O artigo 797¹⁰ do Código Comercial colocava a cessação de pagamentos como causa única da falência. O comerciante que cessasse os pagamentos tinha três dias para apresentar ao Tribunal do Comércio a declaração de cessação¹¹. A falência

⁸ Diz José Xavier Carvalho de Mendonça (1916, p. 59): “A legislação portuguesa sobre quebras, aliás abundante, vigorou no Brasil com profundas modificações, desde que a lei de 30 de Outubro de 1823 mandou observar a de 18 de Agosto de 1769, que determinava se guardassem nos negócios mercantis e marítimos, como subsidiárias, as leis das nações civilizadas da Europa. As disposições do cod. Com. Francês eram preferidas às das leis portuguesas para regular e decidirem todas as questões originadas das falências”.

⁹ No mesmo sentido é a afirmação de Rubens Requião (1998, p. 21).

¹⁰ Art. 797 do Código Comercial: “*Todo o comerciante que cessa os seus pagamentos, entende-se quebrado ou falido*”.

¹¹ Art. 805 do Código Comercial: “*Todo o comerciante que tiver cessado os seus pagamentos é obrigado, no preciso termo de três dias, a apresentar na Secretaria do Tribunal do Comércio do seu domicílio uma declaração datada, e assinada por ele ou seu procurador, em que exponha as causas do seu falimento, e o estado da sua casa; ajuntando o balanço exato do seu ativo e passivo (art. 10 n. 4), com os documentos probatórios ou instrutivos que achar a bem. Esta declaração, de cuja apresentação o Secretário do Tribunal deverá certificar o dia e a hora, e da qual se dará contrafé ao apresentante, fará menção nominativa de todos os*

poderia ser casual, com culpa ou fraudulenta¹². “*O interesse principal da falência encontrava-se na apuração da responsabilidade criminal do falido, de maneira que a liquidação da massa dependia da qualificação criminal da falência*” (BATALHA; RODRIGUES NETTO, 1999, p. 68).

Nota-se até esta fase que o direito falimentar estava intrinsecamente ligado ao direito penal. Até então, era tido como um instrumento para verificar se o falido deveria ou não ser punido. O pagamento aos credores tinha importância secundária e só era realizado após a apuração da responsabilidade.

O Código sofreu algumas alterações e outras leis foram publicadas¹³, principalmente sobre a falência de estabelecimentos bancários, mas a grande reforma veio em 24 de outubro de 1890, com o Decreto Federal nº 917.

Este decreto marcou grande andamento em matéria de falência e foi inspirado na lei suíça. Essa segunda fase caracteriza o estado de falência por atos ou fatos previstos na lei e na impontualidade do pagamento de obrigação mercantil líquida e certa, no vencimento (art. 1º e 2º) [...]. (LACERDA, 1999, p. 46).

Foi a primeira legislação extravagante brasileira a regular a falência como um todo. A massa falida era inicialmente representada por pessoa indicada pelo juiz. Numa segunda fase, a representação passava para pessoa eleita pelos credores, que ficava responsável pela liquidação dos ativos e divisão do valor apurado conforme a classificação dos créditos que já havia sido realizada na primeira fase (BATALHA; RODRIGUES NETTO, 1999, p. 70).

Apesar do apurado rigor técnico, o Decreto Federal nº 917, de 24 de outubro de 1890, teve vida curta. Destaca José Xavier Carvalho de Mendonça (1916, p. 68-69) que os credores abusaram do poder que lhes foi conferido e que os juízes não se preocuparam em coibir os abusos:

Os credores abusaram das vantagens que se lhes deram e procuraram tirar todo o partido da situação dos devedores. Estes, por sua vez, não tiveram escrúpulos desde que contaram com a impunidade. Os anais forenses não registraram anos seguidos um só processo penal contra falidos.

Depois de vários manifestos da classe de comerciantes, o Decreto Federal nº 917, de 24 de outubro de 1890, foi revogado pela Lei Federal nº 859, de 16 de agosto de 1902. Esta

sócios solidários, com designação do domicílio de cada um, quando a quebra disser respeito a sociedade coletiva (arts. 311, 316 e 811)”.

¹² Art. 798 do Código Comercial: “*A quebra ou falência pode ser casual, com culpa, ou fraudulenta*”.

¹³ Segundo José Xavier Sampaio de Lacerda (1999) são exemplos de normas publicadas que versavam sobre falência e concordata: Lei nº 1.083, de 22 de agosto de 1860, e Decreto nº 3.065, de 06 de maio de 1882.

lei foi criticada por diversos autores e advogados da época e sua prática não se mostrou proveitosa. Instituiu a escolha do síndico entre uma lista organizada pela Junta Comercial. Mas tal lista só fez aumentar o ambiente de fraudes e abusos que circunscrevem a falência. Noticiam os autores que, no Distrito Federal, a lista era composta de quarenta comerciantes locais, mas que as fraudes eram tantas que logo foi cunhado o apelido de “Ali Babá e os 40 ladrões”¹⁴. Essa lei teve vida curta. Foi revogada pela Lei Federal nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908.

A base da Lei Federal nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908, foi um projeto de autoria do respeitado advogado comercialista da época, José Xavier Carvalho de Mendonça¹⁵. O trabalho de Carvalho de Mendonça foi apresentado pelo senador Urbano Santos na forma de emendas que alteravam completamente o projeto de lei que veio da Câmara dos Deputados. Essa lei resgatou os princípios norteadores do antigo Decreto Federal nº 917, de 24 de outubro 1890, incorporando idéias de ordenamentos estrangeiros. Afirma Trajano de Miranda Valverde (1948, p. 17):

Esta lei representa uma síntese, bem formulada, dos princípios que animavam o dec. nº 917, de 1890. Foram expurgados os defeitos revelados na aplicação desse decreto e do de nº 859. Simplificou-se o mecanismo processual da lei, de modo a não entrar o regular funcionamento do sistema. Credores e devedores haviam de encontrar, como encontraram, o amparo que a lei pode dar às pretensões honestas. A fraude só não seria punida se os maiores interessados com ela pactuassem. E foi, infelizmente, o que, com o tempo, sucedeu, e acontecerá sempre, fugindo os conluantes aos rigores da lei, se se conceder aos credores demasiada autonomia na organização falimentar.

Os efeitos da Primeira Guerra Mundial na economia brasileira fizeram com que fosse editado o Decreto Federal nº 5.746, de 9 de dezembro de 1929, na tentativa de adequar a legislação falimentar à realidade econômica brasileira da época. O Decreto não desfigurou a lei anterior, mas apenas a aperfeiçoou em alguns aspectos relevantes. “*Dominou-as o propósito de melhorar conservando*” (FERREIRA, 1955, p. 28). O processo falimentar tornou-se mais eficaz e arrancou elogios dos juristas:

A lei de 1929 [Decreto Federal nº 5.746, de 9 de dezembro de 1929], em verdade, pelo que afirmam as estatísticas publicadas, alcançou, em grande parte, seu objetivo. As falências, que antes se decretavam a granel, e terminavam por concordatas miseráveis, de um a cinco por cento, rarearam sobremodo. Os números

¹⁴ Expressão trazida por vários autores, dentre eles Waldemar Martins Ferreira (1955) e Rubens Requião (1998).

¹⁵ Em nota de pé de página, explica José Xavier Carvalho de Mendonça (1916, p. 91): “*O discurso do eminente senador Urbano Santos é uma peça notável sob todos os pontos de vista e digno de ser lido pelos que desejem conhecer a fundo a história da lei n.2.024, de 17 de Dezembro de 1908. O preclaro senador convidou-nos a colaborar nesse projeto e a nossa intervenção foi por ele explicada no mencionado discurso*”.

índices baixaram sensivelmente. Não podia, evidentemente, operar o milagre de acabar com a fraude, mais dos homens que das leis. (FERREIRA, 1955, p. 28-29).

Porém, vários defeitos ainda o maculavam, como aponta Trajano de Miranda Valverde (1948, p. 18):

A autonomia excessiva de que continuavam a gozar os credores, no estado jurídico da falência ou concordata, com muitos direitos e nenhuma obrigação, era, para nós, a causa primordial dos males de que se queixava o comércio. Os seus membros confessavam-se incapazes para cercear a fraude que se infiltrava na classe, com a qual não raro pactuavam, – sejam justos – por complacência, amizade ou inércia. Punham de lado o seu interesse e a lei, que os protegia, porque era preciso servir ao pedido de um amigo ou de alguém de peso.

Trajano de Miranda Valverde, procurado pelo então Ministro da Justiça, Francisco Campos, ficou responsável por elaborar um anteprojeto de lei de falências, o que foi feito no mesmo ano de 1939. O projeto manteve a tradição falimentar brasileira que foi instituída pelo Decreto Federal nº 917, de 24 de outubro 1890, mas concentrando mais poderes nas mãos dos juízes para tentar evitar as fraudes. Com a troca do Ministro da Justiça, o projeto anterior foi abandonado. Em 1943 o novo Ministro Alexandre Marcondes Filho apresentou outro anteprojeto elaborado por comissão designada pelo Ministro.

O novo projeto não traz nenhuma menção ao projeto de Trajano de Miranda Valverde, mas, segundo este mesmo autor, o projeto de 1943 se alicerçou no projeto de 1939 por ele apresentado (VALVERDE, 1948). José Cândido Sampaio de Lacerda (1999, p. 47) ressalta: *“Trouxe a lei algumas inovações, sendo que algumas delas já figuravam no Anteprojeto de Miranda Valverde”*.

O projeto apresentado pelo Ministro da Justiça Alexandre Marcondes Filho, em 21 de outubro de 1943, deu origem ao Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, que regeu o processo falimentar brasileiro por mais de sessenta anos. Rubens Requião (1998, p. 24) aponta algumas alterações trazidas pelo Decreto-Lei:

Esse diploma, que apresentou muitas inovações, reforça os poderes do magistrado, diminuindo a influência dos credores, pois começou por abolir a assembléia de credores; a concordata, tanto preventiva como suspensiva, deixou de ser um contrato, para se tornar um benefício concedido pelo Estado, através do juiz ao devedor infeliz e honesto.

Seguindo uma tendência mundial, a legislação concursal brasileira deixa de focar na liquidação dos bens do falido para tentar recuperar as empresas em dificuldades, mas que se mostram viáveis. *“O lance final dessa evolução foi a apresentação ao Congresso Nacional,*

em 1993, de um projeto de lei de uma nova regulamentação jurídica para a falência, o que, após muitas discussões, culminou com a edição da Lei 11.101/05” (MAMEDE, 2006, p. 39).

O projeto foi apresentado na Câmara dos Deputados, dando origem ao Projeto de Lei nº 4.376, de 1993. Após várias discussões e emendas chegou ao Senado, tendo sido recebido como Projeto de Lei nº 71, de 2003. Sofreu alterações no Senado e retornou à Câmara em julho de 2004, tendo sido aprovado em dezembro do mesmo ano e sancionado em 09 de fevereiro de 2005. O que resultou na Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 (MACHADO. In: MACHADO, 2005).

Noticia Waldo Fazzio Júnior (2005) que o modelo adotado pela nova legislação brasileira trata-se de modelo recomendado pelo Fundo Monetário Internacional — FMI — e pelo Banco Mundial, que busca adaptar a legislação concursal à nova realidade da economia mundial, já tendo sido adotado por diversos países, tais como: Áustria, em 1982; Inglaterra, em 1986; Colômbia, em 1989; Irlanda, em 1990; Itália, em 1991; Austrália e Japão, em 1992; Portugal, em 1993¹⁶; Estados Unidos, na reforma de 1994; França e Argentina, em 1994; Alemanha e Peru, em 1999; Espanha, em 2003¹⁷; e, por último, o Brasil através da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 e que entrou em vigor em 09 de junho de 2005.

A LRE¹⁸ pretende introduzir no sistema jurídico brasileiro instrumentos legais e mecanismos jurisdicionais capazes de propiciar a reorganização e o soerguimento de empresas viáveis que se encontram em crise econômico-financeira. (FAZZIO JÚNIOR, 2006, p. 623).

Esta Lei visa a recuperação judicial ou extrajudicial da empresa economicamente viável, garantindo sua manutenção no mercado. Reserva a falência para aqueles devedores cuja atividade não mais é capaz de sobreviver no mercado. Tal posicionamento está em sintonia com o novo direito empresarial e econômico que rege o século XXI. Não abandona a idéia de defesa dos créditos atingidos pela dificuldade empresarial, mas tenta recuperar o devedor em dificuldade, para que este possa arcar com suas dívidas sem que tenha que ser excluído do mercado.

¹⁶ Portugal alterou novamente toda a sua legislação falimentar em 2004, através do Decreto-lei nº 53, de 18 de março de 2004, que instituiu o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

¹⁷ Sobre a legislação concursal dos países europeus consultar site em português <http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_por_pt.htm> Acesso em: 01 fev. 2007.

¹⁸ O autor utiliza a sigla LRE para designar Lei de Recuperação de Empresas, ou seja, a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.

2. A CONCORDATA

Como já exposto, em sua origem a falência era mais uma forma de punição do devedor do que meio de satisfazer as obrigações a que este estava submetido. Com o passar do tempo, ficou evidente que os riscos do comércio submetiam alguns comerciantes a fatos que impediam que seus compromissos fossem cumpridos a tempo e modo. Foi, então, necessário separar os devedores que passavam por momentos difíceis advindos de intempéries econômicas — originadas de fatos imprevisíveis e próprias do risco que circunda toda atividade comercial — daqueles devedores que utilizavam de má-fé ao não cumprir suas obrigações.

As dificuldades do processo falimentar e as várias fraudes e complicações a que o falido se envolvia prejudicava, senão inviabilizava, o pagamento das dívidas. Foi necessário, portanto, buscar alternativas capazes de minorar os prejuízos dos credores e, também, diminuir as perdas do devedor de boa-fé.

Nas palavras de José Cândido Sampaio de Lacerda (1999, p. 242-243):

Por esses motivos passou-se a cogitar de meios que moderassem a severidade para com os devedores desventurados, mas que, ao mesmo tempo, não sacrificassem os direitos e interesses dos credores e de terceiros. Surgiam, então, os institutos da *moratória*, dilação concedida ao devedor para solver as obrigações; da *cessão de bens*, a entrega dos bens do devedor aos credores; de *liquidação judicial*, processo congênere ao da falência, mas que não acarretava o desapossamento dos bens do devedor, da *concordata preventiva*.

A concordata era tida como uma espécie de favor legal para o devedor de boa-fé, posto que poderia ser concedida pelo juiz sem necessidade de anuência de credores e possibilitava ao devedor evitar a falência, sem que lhe retirasse a administração do patrimônio. Tem-se quase como unanimidade na doutrina que a concordata era uma espécie de benefício para o devedor com dificuldades econômicas¹⁹.

O principal benefício era afastar a falência do devedor, já que esta não poderia ser decretada enquanto perdurasse a concordata e estivesse sendo cumprida. Outro benefício direto era o que dizia respeito ao pagamento da dívida, o devedor concordatário poderia propor o pagamento à vista de valor menor que o devido (concordata remissória), o

¹⁹ Posicionamento adotado por Trajano de Miranda Valverde (1948, p. 346); Rubens Requião (1995, p. 16); Fábio Ulhoa Coelho (2002, p. 360); José Cândido Sampaio de Lacerda (1999, p. 246); Amador Paes de Almeida (2002, p. 382); Waldo Fazzio Júnior (2005, p. 104); Manoel Justino Bezerra Filho (2005, p. 35).

pagamento do total da dívida em um prazo mais adequado (concordata dilatária), ou o pagamento com abatimento e em prazo intermediário (concordata mista)²⁰.

Expõe Fábio Ulhoa Coelho (2002, p. 360-361) que a concordata era um benefício para o comerciante em dificuldade financeira na tentativa de compensar os riscos inerentes à atividade comercial:

A concordata é um favor legal consistente na remissão parcial ou dilação do vencimento das obrigações devidas pela sociedade empresária. [...]

Considera-se que os riscos da atividade de produção e circulação de bens, numa economia marcada pela liberdade de iniciativa e competitividade, reclamam uma proteção ao empresário que, tendo agido corretamente no cumprimento de suas principais obrigações, sofre revés nos negócios.

A facilitação trazida pela concordata para os devedores que estavam em dificuldades financeiras tinha como objetivo possibilitar que estes se recuperassem no cenário econômico, podendo pagar, mesmo que parcialmente, as dívidas contraídas.

2.1. Origem histórica da concordata

A concordata não teve sua origem no direito romano, porém, em Roma Antiga, já existiam institutos semelhantes à concordata.

Como sempre, todos os estudos anteriores procuram buscar analogia da concordata com certos institutos do direito antigo, principalmente romano. Assim, vêem semelhança: a) no *pactum de non petendo intra tempus*, ou seja, na convenção realizada pelos credores no sentido de conceder uma moratória ao devedor; b) no *pactum remissorium* ou *pactum de parte debiti nin petenda*, ou seja, no perdão concedido pelos credores a parte do débito; c) no *pactum ut minus salvatur*, ou seja, pela aceitação, por parte dos credores, de uma diminuição de seus créditos ou d) nas moratórias concedidas pelo Imperador.

Na verdade, porém, não havia no direito antigo a concordata, como a conhecemos hoje.

Ela surgiu no direito estatutário da Idade Média. (PACHECO, 2004, p. 588).

Explica José Cândido Sampaio de Lacerda (1999) que na sucessão *causa mortis* no Direito Romano todos os herdeiros ficavam pessoalmente responsáveis pelas dívidas do *de cujos*. Assim, quando os débitos eram maiores que o patrimônio, os sucessores renunciavam à herança e os bens eram vendidos para, com o valor apurado, pagar aos credores. Com isso,

²⁰ A classificação é de Trajano de Miranda Valverde (1948, p. 221).

evitavam a responsabilidade pessoal dos herdeiros, porém a memória do defunto ficava marcada pela desonra. Para evitar a desonra do falecido, surgiu o *pactum ut minus solvatur*. Os sucessores acertavam com os credores a redução dos créditos, a fim de que o patrimônio fosse capaz de honrar proporcionalmente as dívidas. Era necessária a concordância da maioria dos credores, que votavam proporcionalmente ao valor do crédito. A validade de tal acordo dependia da homologação do magistrado e valia para todos os créditos. Ressalta-se que inicialmente só era aplicado para o caso de herança insolvente.

A moratória era inicialmente concedida pelo imperador. Alegando o devedor que sua dificuldade de pagamento era momentânea e na ausência de má-fé, o imperador poderia conceder a *induciae quinquennales*, que era moratória concedida pelo soberano por prazo máximo de cinco anos. Nesse período, as cobranças ficavam suspensas, bastando para afastá-las que o devedor alegasse e provasse a *induciae quinquennales* concedida pelo imperador. O prazo prescricional também ficava suspenso pelo mesmo período. Justiniano modificou tal instituto, passando a exigir anuência da maioria dos credores, levando-se em conta os valores dos créditos. Se os credores decidissem pela moratória, o devedor continuava à frente de seus negócios e só pagaria suas dívidas após o prazo estipulado pelos titulares dos créditos (LACERDA, 1999).

Assim como a falência, a concordata só foi sistematizada na Idade Média pelos ordenamentos jurídicos das cidades do norte da Itália e daí se espalhou para Europa e para outras regiões do globo. Explica Rubens Requião (1998, p. 8):

Desse modo, o instituto se delineou no século XIII, quando o processo coletivo compreendendo a liquidação dos bens do devedor substituiu as sanções pessoais de execução privada, conhecida no direito bárbaro e no direito feudal.

A concordata processava-se diante da autoridade judicial, perante a qual deveriam os credores comparecer, após convocados, para exporem seus votos a favor ou contra a concordata. Só teria valor em relação a todos os credores se homologada pelo juiz e a homologação só se daria após a adesão da maioria dos credores. “*Algumas vezes se exigia a simples maioria em número de credores, mais freqüentemente a maioria em soma de valores, ou a dupla maioria de números e valores*” (REQUIÃO, 1995, p. 9). Os credores não concordes tinham o direito de apresentar oposição. Porém, uma vez homologada a concordata, essa submetia todos os credores.

Ensina Trajano de Miranda Valverde (1948) que a concordata, para ter validade para todos os credores, deveria ser submetida a uma assembléia de credores, para a qual todos deveriam ser convocados. A prática mostrou que os credores assinavam separadamente a anuência com a concordata, o que era aceito pelos magistrados. Em acordo com a maioria dos credores, a concordata poderia implicar em dilações do prazo para pagamento, remissões parciais ou ambas as circunstâncias. Não era permitida a remissão total ou o tratamento desigual entre os credores. A concordata não liberava os fiadores do falido, se não fosse tal situação expressamente exposta e podia ser anulada no caso de comprovação de fraude ou no descumprimento das condições aceitas pelos credores.

A fuga do devedor para outros países não era empecilho para a concordata. Uma vez concedida a concordata, os devedores recebiam um salvo-conduto para voltar à pátria e retomar seus negócios. Com isso, tentava-se evitar o naufrágio econômico do devedor e salvar os créditos, mesmo que parcialmente ou em prazo mais dilatado.

Em 1673, a França regulamentou a concordata através da Ordenança. A regulamentação era inspirada nos regulamentos das cidades do Norte da Itália. O Código Comercial francês de 1807 também disciplinou a concordata, porém com o mesmo rigor que impôs à falência. Uma lei de 1838 suavizou as determinações do Código Comercial francês. Com a vitória de Napoleão Bonaparte, a legislação francesa passa a ser aplicada na Itália e, mesmo depois da restauração italiana, continua, no território italiano, a aplicação da legislação francesa sobre a concordata. A influência francesa se espalhou para a Espanha e para os países latinos, vindo a influenciar a edição do Código Comercial brasileiro de 1850 (VALVERDE, 1948).

2.2. A concordata no direito brasileiro

Assim como a falência, a primeira lei brasileira a regular a concordata foi o Código Comercial, instituído pela Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Como já exposto, em sua Terceira Parte, intitulada “Das Quebras”, o Código Comercial regulou o procedimento da falência e no Título II trouxe as disposições sobre a concordata. O Título VII chamado “Das moratórias” regulou a dilação de pagamentos para aqueles comerciantes em dificuldades momentâneas. O instituto era semelhante às *induciae quinquenales* do direito romano, mas não se trata de concordata preventiva, que ainda não era prevista no direito brasileiro.

O Código previa apenas a concordata suspensiva, trazendo que após a instrução do processo de falência o juiz deveria convocar os credores para, dentre outros assuntos, deliberarem sobre a concordata, quando proposta pelo falido²¹. A aprovação da concordata dependia de concordância da maioria dos credores em número e que representassem pelo menos dois terços dos créditos sujeitos aos efeitos da concordata²².

Rubens Requião (1995, p. 10) ao comentar a necessidade de maioria de número de credores e de dois terços do valor dos créditos acrescenta que “*O Decreto nº 3.065, de 1882, reduziu a exigência à maioria dos credores, dispensando os dois terços do valor dos créditos*”. Com toda a *venia* que merece o respeitado autor, o que o decreto dispensou foi a necessidade de aprovação da maioria absoluta dos credores, mantendo como critério apenas a aprovação pela maioria dos credores que comparecessem à reunião convocada pelo juiz e que essa maioria representasse dois terços do total dos créditos, ao dispor:

Art. 1º. Para ser válida a concordata é bastante que seja concedida pela maioria dos credores, que comparecem, contanto que essa maioria represente dois terços no valor de todos os créditos sujeitos aos efeitos da concordata, alteradas neste sentido as disposições dos arts. 844 e 847 do Código Comercial. (BRASIL, 1882, p. 1).

Não faziam parte da concordata²³ os credores de domínio²⁴, os privilegiados²⁵ e os hipotecários²⁶. Tais espécies de credores não poderiam deliberar sobre a concordata sob pena de se submeterem aos efeitos da mesma²⁷. Os credores que não concordassem com a concordata tinham o direito de apresentar embargos que seriam julgados pelo Tribunal do Comércio competente²⁸.

²¹ Art. 842 do Código Comercial: “*Ultimada a instrução do processo da quebra, o Juiz comissário, dentro de oito dias, fará chamar os credores do falido para em dia e hora certa, e na sua presença se reunirem, a fim de se verificarem os créditos, se deliberar sobre a concordata, quando o falido a proponha, ou se formar o contrato de união, e se proceder à nomeação de administradores*”.

²² Art. 847 do Código Comercial: “[...] *Para ser válida a concordata exige-se que seja concedida por um número tal de credores que represente pelo menos a maioria destes em número, e dois terços no valor de todos os créditos sujeitos aos efeitos da concordata*”.

²³ Art. 852 do Código Comercial: “*A concordata é obrigatória extensivamente para com todos os credores, salvos unicamente os do domínio (art. 874), os privilegiados (art. 876) e os hipotecários (art. 879)*”.

²⁴ Os credores de domínio eram listados nos oito incisos do art. 874 do Código Comercial.

²⁵ Os credores privilegiados estavam descritos no art. 876, incisos 1 a 6 do Código Comercial.

²⁶ Os credores hipotecários eram aqueles que tinham a garantia do crédito por hipoteca especial sobre determinado bem do falido (art. 879 do Código Comercial).

²⁷ Art. 853 do Código Comercial: “*Os credores do domínio, os privilegiados e hipotecários, não podem tomar parte nas deliberações relativas à concordata; pena de ficarem sujeitos a todas as decisões que a respeito da mesma se tomarem*”.

²⁸ Art. 850 do Código Comercial: “*A concordata deve ser negada ou outorgada, e assinada na mesma reunião em que for proposta. Se não houver dissidentes, o Juiz comissário a homologará imediatamente: mas havendo-os assinará a todos os dissidentes coletivamente oito dias para dentro deles apresentarem os seus embargos; dos quais mandará dar vista ao Curador fiscal e ao falido, que serão obrigados a contestá-los dentro de cinco*

A concordata também se submetia à ausência de culpa do devedor. O devedor considerado culpado ou que fraudasse qualquer procedimento não poderia socorrer-se do benefício da concordata, ou, se já concedida, deveria ser revogada²⁹. Concedida a concordata, o devedor retomava a administração de seu patrimônio³⁰, mantendo-a enquanto estivesse sendo cumprida a concordata.

Os motivos para anulação da concordata³¹ estavam listados no artigo 902 do Código Comercial e consistiam em: má-fé do devedor, conduta que causasse prejuízo aos credores, deterioração do estado dos negócios e comprovação de que o ativo não seria suficiente para cobrir o passivo. Em caso de anulação da concordata, a falência seria obrigatoriamente decretada pelo Tribunal Comercial³².

A moratória contida no Código Comercial tratava apenas da concessão judicial de um prazo para o credor quitar suas dívidas, suspendendo as execuções ajuizadas³³. Tal prazo não poderia ultrapassar três anos³⁴. Para ser concedida, o devedor teria que ser comerciante e provar que a impossibilidade de pagamento era transitória e advinda de fatos extraordinários e imprevistos. Teria que provar, também, a capacidade de pagamento após o prazo, mediante apresentação do balanço devidamente documentado³⁵. O Tribunal do Comércio poderia, de pronto, suspender todas as execuções presentes e futuras até que se decidisse o pedido de

dias. Os embargos com a contestação serão pelo Juiz comissário remetidos ao Tribunal do Comércio competente, no prefixo termo de três dias depois de apresentada a contestação”.

²⁹ Art. 848 do Código Comercial: “[...] Não pode dar-se concordata no caso em que o falido for julgado com culpa ou fraudulento, e quando anteriormente tenha sido concedida, será revogada”.

³⁰ Art. 854 do Código Comercial: “Intimada a concordata ao Curador fiscal, e ao depositário ou depositários, estes são obrigados a entregar ao devedor todos os bens que se acharem em seu poder, e aquele a prestar contas da sua administração perante o Juiz comissário; ao qual incumbe resolver quaisquer dúvidas que hajam de suscitar-se sobre a entrega dos bens, ou a prestação de contas; podendo referi-las à decisão de árbitros, quando as partes assim o requeiram”.

³¹ Art. 849 do Código Comercial: “A concordata pode ser reincidida pelas mesmas causas por que tem lugar a revogação da moratória; procedendo-se em tais casos, e nos de ser anulados, pela forma determinada no artigo 902”.

³² Art. 902 do Código Comercial: “Concedida a moratória, o Tribunal nomeará dois dos credores do indiciado para que fiscalizem a sua conduta durante a mesma moratória; e esta será revogada a requerimento dos Fiscais, ou ainda de algum outro credor, sempre que se provar, ou que o impetrante procede de má fé e em prejuízo dos credores, ou que o estado dos seus negócios se acha de tal sorte deteriorado, mesmo sem culpa sua, que o ativo não bastará para solver integralmente as dívidas passivas. Nestes casos o Tribunal, revogada a moratória, procederá imediatamente a declarar a falência, continuando nos mais atos ulteriores e consequentes”.

³³ Art. 903 do Código Comercial: “O efeito da moratória é suspender toda e qualquer execução, e sustar a obrigação do pagamento das dívidas puramente pessoais do indiciado: mas a moratória não suspende o andamento ordinário dos litígios intentados ou que de novo se intentem; salvo quanto à sua execução”.

³⁴ Art. 901 do Código Comercial: “Não pode em caso algum conceder-se moratória por maior espaço que o de três anos. O espaço conta-se do dia da concessão da moratória”.

³⁵ Art. 898 do Código Comercial: “Só pode obter moratória o comerciante que provar, que a sua impossibilidade de satisfazer de pronto as obrigações contraídas procede de acidentes extraordinários imprevistos, ou de força maior (art. 799), e que ao mesmo tempo verificar por um balanço exato e documentado, que tem fundos bastantes para pagar integralmente a todos os seus credores, mediante alguma espera”.

moratória³⁶. Porém, esta só poderia ser concedida com a aceitação de pelo menos a maioria do número de credores e que representassem dois terços do total dos créditos³⁷. As causas para revogação da moratória eram as mesmas da concordata e também teria que ser decretada a falência se a primeira fosse revogada³⁸.

Apesar de não ser tida como concordata suspensiva, a moratória era, também, um meio de se evitar a falência, pois esta só poderia ser decretada quando revogada a moratória.

A concordata por abandono foi introduzida no direito brasileiro pelo Decreto nº 3.065, de 06 de maio de 1882 (REQUIÃO, 1995). Suas regras eram as mesmas da concordata suspensiva regulada pelo Código Comercial. A liquidação e partilha do patrimônio abandonado pelo devedor era submetida às normas da falência³⁹. *“Esse tipo de concordata se assemelhava à cessão de bens e consistia na entrega de todos os bens ou parte do ativo da massa aos credores, para que o realizassem e pagassem o passivo”* (REQUIÃO, 1995, p. 10).

O Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890, revogou a terceira parte do Código Comercial e passou a ser aplicado na regulamentação da falência e da concordata. Previa o decreto que a concordata poderia ser proposta de duas formas: por abandono e por pagamento⁴⁰. A concordata por abandono era a mesma que foi introduzida pelo Decreto nº 3.065, de 06 de maio de 1882, porém sua regulamentação foi mais bem detalhada. A concordata por abandono desonerava por completo o devedor, ficando livre de efeitos comerciais, civis e criminais da falência⁴¹. Na concordata por pagamento, o devedor

³⁶ Art. 899 do Código Comercial: *“O Tribunal do Comércio do distrito do impetrante, quando o requerimento se ache nos casos previstos no artigo antecedente, poderá expedir imediatamente uma ordem para sustar todos os procedimentos executivos pendentes, ou que de futuro contra ele se intentem, até que definitivamente se determine a moratória. E quer esta ordem se expeça quer não, o Tribunal nomeará logo dois dos credores do impetrante, que lhe pareçam mais idôneos, para verificarem a exatidão do balanço apresentado à vista dos livros e papéis, que o mesmo impetrante deve facultar-lhes no seu escritório; e com a nomeação mandará ao Juiz de Direito do Comércio a que pertencer, que chame à sua presença, em dia certo e improrrogável, a todos os seus credores que existirem no distrito de sua jurisdição para responderem à moratória; devendo o chamamento fazer-se por cartas do escrivão, e por editais ou anúncios nos periódicos”*.

³⁷ Art. 900 do Código Comercial: *“[...] O Tribunal, ouvido o Fiscal, concederá ou negará a moratória como julgar acertado; podendo, antes da decisão final, mandar proceder a qualquer exame ou diligência que entender necessária para mais cabal conhecimento do verdadeiro estado do negócio; sendo necessário para a concessão que nela convenha a maioria dos credores em número, e que ao mesmo tempo represente dois terços da totalidade das dívidas dos credores sujeitos aos efeitos da moratória”*.

³⁸ Ver nota 32.

³⁹ Art. 4º do Decreto nº 3.065, de 6 de maio de 1882: *“É permitida a concordata por abandono do todo ou de parte do ativo do falido. A formação, os efeitos, a anulação e a resolução da concordata por abandono, serão regulados pelas disposições da lei relativa às outras concordatas. A liquidação e a partilha do ativo abandonado se regularão pelas mesmas disposições que regem estas operações, no processo da falência”*.

⁴⁰ Art. 42 do Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890: *“A concordata será proposta sob uma das seguintes formas: a) por abandono, b) por pagamento”*.

⁴¹ Art. 43 do Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890: *“A concordata por abandono consistirá na adjudicação de todos os bens presentes da massa ou de parte deles aos credores para solução do passivo e importará completa desoneração do devedor, que ficará livre dos efeitos comerciais, civis e criminais da falência”*.

continuava na administração dos bens e só se eximiria dos efeitos da falência após o cumprimento da concordata⁴².

O Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890, retirou por completo a necessidade de aprovação da concordata — seja por abandono, seja por pagamento — pela maioria em número dos credores e aumentou o quorum de aprovação para três quartos do valor total dos créditos quirografários⁴³. Os credores dissidentes poderiam embargar o pedido de concordata, o que seria processado em autos separados e decidido pelo juiz⁴⁴.

O Título X do Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890, trouxe as formas de prevenir e obstar a falência. Este título era dividido em três seções: Seção I – “*Da moratória*”; Seção II – “*Do acordo extrajudicial com os credores e da concordata preventiva*”; e Seção III – “*Da cessão de bens e liquidação judicial*”.

A regulamentação da moratória, apesar de mais detalhada, manteve os fundamentos do Código Comercial. O prazo máximo da moratória foi reduzido de três para um ano⁴⁵, com a possibilidade de prorrogação por mais um ano, caso tenha sido cumprida pelo menos a metade do acordo⁴⁶. O devedor passaria a ser fiscalizado por uma comissão de dois ou três membros eleitos pelos credores⁴⁷. A fiscalização devia atestar a veracidade das informações prestadas pelo devedor, se este tinha condições de arcar com a proposta e se esta estava sendo cumprida.

A seção III, que trata da cessão de bens e liquidação judicial é semelhante à concordata por abandono, porém a cessão tem que ser feita antes da falência. O devedor cederia os bens para o conjunto de credores e ver-se-ia livre da decretação da falência e de

⁴² Art. 44 do Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890: “*A concordata por pagamento consistirá na manutenção do devedor na posse da massa pelo tempo acordado para o pagamento dos credores, nos termos propostos e aceitos.*”

§ 1º *Esta forma de concordata não desonera o devedor, não o liberta dos efeitos civis, comerciais e criminais da falência senão depois de decorrido o tempo acordado e de satisfeitos os termos do acordo, salvo se for cumprido dentro do prazo concedido pelos credores*”.

⁴³ Art. 45 do Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890: “*Para ser válida a concordata, deverá ser concedida por credores que representem no mínimo 3/4 da totalidade dos créditos reconhecidos verdadeiros e admitidos no passivo, com exclusão dos credores da massa e de domínio (reivindicantes), separatistas, privilegiados e hipotecários*”.

⁴⁴ Art. 46, parágrafo único, do Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890: “*Não havendo credores dissidentes, a concordata, quando aceita, considera-se homologada para produzir todos os seus efeitos jurídicos; se, porém, houver credores dissidentes, o juiz assinar-lhes-á o prazo de cinco dias para formularem os seus embargos em auto apartado, observando-se o seguinte [...]*”:

⁴⁵ Art. 112 do Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890: “*A moratória não poderá ser concedida por mais de um ano contado da data da concessão*”.

⁴⁶ Art. 119 do Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890: “*Observadas as formalidades exigidas para a deliberação sobre moratória, esta, findo o prazo concedido, poderá ser prorrogada por uma só vez e por prazo que não exceda de um ano, se durante o primeiro o induciado (sic) tiver pago 50 % do principal*”.

⁴⁷ Art. 114 do Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890: “*Concedida a moratória, os credores elegerão, pela forma do art. 58 parágrafo único, uma comissão de dois ou três membros, para fiscalizar a conduta do induciado (sic)*”.

suas responsabilidades. Para tal deveria estar devidamente inscrito no registro do comércio e apresentar o pedido até quarenta e oito horas depois do primeiro protesto⁴⁸, seguindo todas as exigências legais⁴⁹. Aceita a cessão, implicaria em quitação ao devedor e as eventuais sobras de valores após o pagamento de todos os credores seriam distribuídas para os credores quirografários proporcionalmente a seus créditos⁵⁰.

A outra forma de se evitar a falência era a concordata preventiva, que foi pela primeira vez introduzida no direito brasileiro. Na tentativa de evitar a falência, o comerciante devidamente inscrito no registro do comércio, conseguindo acordo com os credores de pelo menos três quartos do passivo, poderia requerer a homologação judicial a fim de se evitar a falência. Esse pedido deveria ser apresentado antes de qualquer protesto por falta de pagamento⁵¹. Sobre a concordata preventiva no Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890, explica Rubens Requião (1995, p. 11-12):

A concordata preventiva era requerida ao juiz, que convocava a reunião dos credores, em petição promovida pelos credores por editais, à qual se juntava a proposta. Nessa petição o devedor expunha as causas do seu estado, juntando seus livros, o balanço exato do ativo e passivo, a conta de lucros e perdas, a relação nominal dos credores, com seu domicílio, natureza e importe de cada crédito e o prazo de pagamento. O juiz, após a manifestação de credores representando 3/4 dos créditos aceitando a proposta, poderia ou não homologá-la. Mas, desde o recebimento do pedido de convocação dos credores, poderia expedir ordem para sustar todos os procedimentos executivos pendentes, ou que de futuro fossem intentados, até a homologação ou não da concordata. Da não-homologação cabia agravo de petição.

A Lei Federal nº 859, de 16 de agosto de 1902, revogou o Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890. O Título III da referida lei — *“Dos atos consecutivos á declaração da*

⁴⁸ Art. 131 do Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890: *“Ao devedor com firma inscrita no registro do comércio é permitido, antes de interposição de protesto por falta de pagamento de obrigação mercantil ou dentro de 48 horas precisas depois desse protesto, requerer, para evitar a declaração da falência, ao juiz do comércio com jurisdição na sede do seu principal estabelecimento, a imissão de seus credores na posse da totalidade dos bens presentes para que por eles se paguem e o desonerem de toda responsabilidade”*.

⁴⁹ Art. 132 do Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890: *“À petição juntará o devedor:*

a) seus livros;

b) o balanço exato do ativo e passivo;

c) a relação individualizada do ativo e os títulos de propriedade;

d) a relação nominal dos credores, indicando o domicílio de cada um deles, a natureza dos títulos e o importe de cada crédito”.

⁵⁰ Art. 137 do Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890: *“A cessão de bens importa quitação ao devedor. [...]*

§ 2º As sobras da liquidação, depois de pagos integralmente todos os credores, serão distribuídas como bonificação aos quirografários na proporção de seus créditos”.

⁵¹ Art. 120 do Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890: *“O devedor, com firma inscrita no registro do comércio, que antes de protesto por falta de pagamento de obrigação comercial líquida e certa, tiver feito extrajudicialmente algum acordo ou concordata com os credores representando pelo menos 3/4 da totalidade do passivo, deverá requerer sem demora a homologação pelo juiz comercial com jurisdição na sede de seu principal estabelecimento e, obtida ela, não poderá ser declarado falido.*

Parágrafo único. O requerimento para a homologação deverá ser apresentado antes dos protestos”.

falência e da concordata” — trazia as disposições sobre a concordata suspensiva. A concordata preventiva era regulada pelo Título X — “*Do acordo ou concordata preventiva*”. A concordata por abandono e a moratória não foram reguladas por esta lei, assim, não mais poderiam ser utilizadas pelos devedores.

O quorum para aprovação da concordata variava de acordo com o percentual a ser pago. O prazo para pagamento limitava-se a dois anos, mas, com a concordância de três quartos dos credores e do valor dos créditos, esse prazo poderia ser aumentado⁵². A negativa da concordata não impedia o devedor de apresentar nova proposta, porém deveria ele arcar com as despesas de convocação dos credores⁵³.

Para a concordata preventiva, o devedor passou a ter prazo de até dez dias após o protesto por falta de pagamento, desde que a falência não tivesse sido decretada⁵⁴. A lei excluiu a necessidade de reunião dos credores. O escrivão deveria publicar edital e remeter carta a todos os credores, que teriam dez dias para se manifestarem sobre a concordata e enviar os documentos comprovadores do crédito⁵⁵. Os quoruns de aprovação variavam na mesma forma que na concordata suspensiva, ou seja, dependia da proposta apresentada pelo devedor⁵⁶.

Como já dito, a Lei Federal nº 859, de 16 de agosto de 1902, teve vida curta. Em 1908, foi substituída pela Lei Federal nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908, cujo projeto teve a autoria de José Xavier Carvalho de Mendonça. Esta lei trouxe a regulamentação da

⁵² Art. 54 da Lei Federal nº 859, de 16 de agosto de 1902: “*A concordata só será válida quando concedida:*
a) por maioria dos credores, representando mais de metade do valor dos créditos, se o dividendo for superior a 50 %;
b) por dois terços dos credores, representando três quartos do valor dos créditos, ou três quartos dos credores, representando dois terços do valor dos créditos, se o dividendo não for inferior de 30%;
c) por três quartos dos credores e do valor dos créditos, se o dividendo for menor de 30 %;
d) se for ajustado prazo para pagamento, não excederá este de dois anos, salvo se maior for concedido por 3/4 dos credores, representando 3/4 do valor dos créditos.

Serão computados somente os créditos reconhecidos verdadeiros e admitidos ao passivo, com exclusão dos credores da massa e de domínio (reivindicantes) separatistas, privilegiados e hipotecários”.

⁵³ Art. 63 da Lei Federal nº 859, de 16 de agosto de 1902: “*A concordata, embora negada, pode ser proposta em todo e qualquer estado da falência, ainda quando já esteja formado o contrato de união, fazendo o devedor, á sua custa, as despesas da convocação dos credores”.*

⁵⁴ Art. 114 da Lei Federal nº 859, de 16 de agosto de 1902: “*O devedor com firma inscrita no registro comercial e antes de decorridos dez dias de protesto por falta de pagamento de obrigação mercantil líquida e certa, que tiver requerido acordo com seus credores perante o juiz comercial da sede do seu estabelecimento, não pode ser declarado falido senão quando não homologado o acordo.*

Parágrafo único. O requerimento para a homologação deverá ser apresentado antes de requerida a falência”.

⁵⁵ Art. 116 da Lei Federal nº 859, de 16 de agosto de 1902: “*Distribuída a petição, publicará o escrivão edital pela imprensa, onde a houver, e dirigirá carta aos credores, conforme estiverem presentes ou não, comunicando o acordo proposto, e intimando-os para, no prazo de 10 dias, remeterem a juízo, além do seu voto de aceitação ou recusa, os documentos em que fundam o seu crédito, cobrando recibo do escrivão”.*

⁵⁶ Ver nota 52.

concordata suspensiva a partir do artigo 103. Este artigo⁵⁷ trazia a possibilidade de, após a verificação dos créditos, o devedor apresentar proposta de concordata. A má-fé do falido ou condenação em crime falimentar afastava a possibilidade da concordata. Esta também não seria possível se pedida há menos de três anos e não tivesse sido cumprida⁵⁸.

A lei manteve a variação do quorum de aprovação de acordo com o valor do percentual a ser pago, porém modificou os percentuais e os respectivos quoruns de aprovação. Se a proposta de pagamento fosse a prazo, este não poderia ser maior que dois anos, mesmo que tivesse a concordância dos credores, pois a Lei Federal nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908, não trouxe a disposição da lei anterior que permitia a dilação de tal prazo pela concordância de três quartos dos credores. Tinham direito a voto apenas os credores quirografários e anteriores à falência. Se o credor possuísse alguma garantia, para votar na concordata deveria abrir mão desta. Os parentes até o quarto grau não tinham direito a voto⁵⁹. Os credores dissidentes tinham direito de interpor embargos nos próprios autos no prazo de três dias, quando, então, seria dada ao falido a chance de apresentar defesa. O juiz, ouvindo o representante do Ministério Público, homologaria ou não a concordata proposta⁶⁰.

⁵⁷ Art. 103 da Lei Federal nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908: “*Depois da verificação dos créditos o falido poderá propor concordata a seus credores*”.

⁵⁸ Art. 104 da Lei Federal nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908: “*Não poderão propor concordata:*

1. *O falido, declarado tal por qualquer dos fatos mencionados no art. 2, ns. 3, 5 e 7, e o que não assinar o termo de comparecimento exigido pelo art. 37, n. 1.*

2. *O falido, durante o processo penal, ou se for condenado por falência culposa ou fraudulenta ou por crimes a estes equiparados.*

3. *O falido que, há menos de três anos, impetrara igual favor e não cumprira o acordo com os seus credores.*

4. *O falido, cuja anterior proposta de concordata deixara de ser homologada sob o fundamento de dolo, fraude ou má fé”.*

⁵⁹ Art. 106 da Lei Federal nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908: “*A proposta de concordata para ser válida e produzir efeitos jurídicos, se o pagamento for à vista, deverá ser aceita:*

a) *por maioria de credores, representando, pelo menos, três quintos do valor dos créditos, se o dividendo oferecido for superior a 60 %;*

b) *por dois terços de credores, representando, pelo menos, três quartos do valor dos créditos, se o dividendo for superior a 40 %;*

c) *por três quartos dos credores, representando, pelo menos, quatro quintos do valor dos créditos, se o dividendo for até 40 %.*

§ 1º *Se o pagamento do dividendo for a prazo, esse não poderá ser maior de 2 anos, e a proposta da concordata, para ser válida e produzir efeitos jurídicos, deverá ser aceita por credores, representando, pelo menos, três quartos do valor dos créditos.*

§ 2º *Para formar a maioria exigida para a validade da concordata, não se computarão:*

1. *Os créditos garantidos por hipoteca, privilégios, penhores anticrese ou direito de retenção.*

2. *Os créditos dos parentes até o 4º grau e cessionários deles, tendo a cessão menos de um ano.*

3. *Os créditos cedidos mediante atos inter vivos, ainda mesmo por endosso, depois do dia em que for declarada a falência. Nessa disposição não se compreendem os fiadores que pagarem a dívida do falido, ficando subrogados nos direitos dos credores.*

§ 3º *Os titulares de créditos referidos no § 2º, n. 1, poderão tomar parte na votação da concordata, computando-se esses créditos no respectivo cálculo, se renunciarem às garantias”.*

⁶⁰ Art. 109 da Lei Federal nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908: “*Os embargos correrão nos próprios autos da falência.*

Além da concordata suspensiva, previa a Lei Federal nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908, em seu Título XI, a possibilidade da concordata preventiva. José Xavier Carvalho de Mendonça (1917, p. 479), justificando a concordata preventiva expõe: “A concordata preventiva justifica-se para eliminar em absoluto os efeitos da falência quanto ao devedor honesto e infeliz”.

Para ter direito à concordata preventiva o devedor deveria comprovar sua inscrição no Registro do Comércio há mais de dois anos ou se a atividade comercial ainda não tivesse dois anos, a inscrição desde o início da atividade. O prazo para o requerimento da concordata preventiva foi reduzido para até oito dias após o primeiro protesto. Não teria direito à concordata preventiva o devedor já condenado por crimes falimentares, patrimoniais ou de natureza econômica e aqueles que tivessem se beneficiado da concordata há menos de cinco anos ou tivessem descumprido qualquer concordata ou que, se falido, não tivera obtido a reabilitação⁶¹.

Se o pedido de concordata preventiva não atendesse a todos os requisitos, após ouvir o representante do Ministério Público, o juiz decretaria a falência. Atendidos os requisitos, o juiz deveria marcar a data da assembléia de credores, determinar a publicação dos editais e nomear três comissários entre os credores ou um comissário de sua confiança se houvesse a recusa dos credores. Todas as execuções que envolvessem créditos objeto da concordata ficariam suspensas⁶². A suspensão das execuções dizia respeito unicamente ao concordatário,

§ 1º Os credores dissidentes apresentarão em cartório, dentro do prazo improrrogável de três dias, marcados pelo juiz (art. 107, § 1º), os seus embargos, deduzidos em requerimento articulado e em duplicata. Um dos exemplares, com os documentos que o acompanharem, será junto aos autos e o outro o escrivão entregará ao devedor que, dentro de 48 horas, depois de expirado aquele prazo, poderá contestar os mesmos embargos.

§ 2º O juiz imediatamente assinará dez dias para a prova e, finda a dilação, alegando os embargantes em 24 horas e o devedor em outras 24 horas seguintes e ouvido o representante do Ministério Público, por 48 horas, será o feito concluso para a sentença”.

⁶¹ Art. 149 da Lei Federal nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908: “O devedor comerciante poderá evitar a declaração de sua falência, requerendo ao juiz do comércio, em cuja jurisdição se acha o seu principal estabelecimento, a convocação dos credores para lhes propor concordata preventiva.

§ 1º No requerimento, o devedor explicará os motivos da sua deliberação, o seu estado econômico, as garantias que oferece para o pagamento de mais de 20 % aos credores quirografários e indicará as cláusulas e condições da sua proposta.

§ 2º O requerimento será instruído com os documentos seguintes:

1, certidão do registro da firma do devedor, de onde conste que, desde dois anos antes, esta se acha inscrita no Registro do Comércio, ou a menos tempo, se não data de dois anos o exercício do comércio;

2, declaração assinada pelo devedor de que não foram levados a protesto títulos de sua responsabilidade ou que o foram a menos de oito dias; de que nunca fora condenado por crime de falsidade, contrabando, peculato, falência culposa ou fraudulenta, roubo ou furto; e de que desde cinco anos não impetrara igual favor e nem deixara de cumprir pontualmente qualquer concordata e ainda, do que, no caso de ter falido, obtivera reabilitação”;

⁶² Art. 150 da Lei Federal nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908: “O juiz mandará o escrivão encerrar os livros apresentados, restituindo-os ao requerente, autuar todos os documentos e dar vista ao representante do Ministério Público por 48 horas, e, com a promoção deste, lhe deverá ser o feito concluso.

não envolvendo os co-devedores solidários, que continuavam respondendo pelos débitos exequëndos (MENDONÇA, 1917).

O quorum para a deliberação na concordata preventiva era o mesmo da concordata suspensiva⁶³. Na assembléia de credores, o juiz julgava os créditos apresentados e na segunda parte da assembléia era votada a proposta de concordata. Homologada a concordata, os credores dissidentes ou excluídos tinham três dias para apresentar embargos à concordata. Negada a concordata, a falência deveria ser decretada⁶⁴.

Os concordatários também estavam sujeitos aos crimes falimentares, quando concorressem para qualquer forma de fraude ou prejuízo para credores⁶⁵.

§ 1º Se o devedor não instruir o seu requerimento nos termos do art. 149 ou se se verificar, desde logo, que as declarações exigidas pelo n. 2 do mesmo artigo são falsas ou inexatas, o juiz, atendendo à promoção do Ministério Público, declarará aberta a falência, seguindo-se o disposto nos arts. 16 e seguintes.

§ 2º Se, porém, o requerimento estiver regular e em termos de ser aceito, o juiz:

1, mandará tornar público por editais, pela imprensa, o pedido do devedor para que os credores e interessados possam reclamar o que for a bem de seus direitos e interesses;

2, determinará o lugar, o dia e hora para a assembléia dos credores, com prazo nunca menor de 15 nem maior de 30 dias;

3, nomeará, dentre os credores de melhor fama e de maior quantia, três comissários para os fins adiante declarados; e

4, ordenará a suspensão de execuções contra o devedor por créditos sujeitos aos efeitos da concordata.

§ 3º Se nenhum credor aceitar, o juiz nomeará pessoa estranha para servir de comissário, observando a disposição do art. 64, § 2º.

⁶³ Art. 155 da Lei Federal nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908: “A proposta da concordata preventiva, para ser válida e produzir efeitos jurídicos, deve ser aceita nos mesmos termos do art. 106, aplicando-se-lhe também as disposições dos §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 7º do mesmo artigo, sendo que não poderão votar os cessionários de créditos, cuja cessão tenha menos de um ano”.

⁶⁴ Art. 154 da Lei Federal nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908: “Na assembléia dos credores, sob a presidência do juiz, feita a chamada pela lista dos credores, depois de lidos o requerimento do devedor e o relatório dos comissários, será aberta franca discussão sobre esses documentos.

§ 1º Na primeira parte da reunião poderá qualquer credor contestar a legitimidade de outros que figurem na lista ou reclamar sobre o quantum declarado na mesma lista ou pedir a sua inclusão.

O juiz, esclarecido pela discussão e tendo em vista o relatório dos comissários, as provas porventura apresentadas em reunião, resolverá as reclamações e admitirá ou não os credores contestados a tomarem parte na votação da concordata.

Se os créditos forem muitos e convier sobre eles meditado exame, o juiz adiará a assembléia por 48 horas, exigindo do devedor e dos comissários as informações e os documentos que achar indispensáveis.

§ 2º Na segunda parte da assembléia, o juiz sujeitará à discussão a proposta de concordata, e encerrada aquela, seguir-se-á a votação pelos credores reconhecidos, que será tomada nominalmente.

Os credores excluídos, não obstante os seus créditos não se computarem no cálculo para a concordata, devem também votar, tomando-se em separado os seus votos.

§ 3º Havendo unanimidade, o juiz, no mesmo ato, homologará a concordata para que produza desde logo todos os seus efeitos.

Tendo votado credores excluídos ou credores dissidentes, o juiz lhes marcará o prazo de três dias para, dentro dele, apresentarem embargos à concordata.

Os credores excluídos que votarem pela concordata, se forem contemplados pelo devedor na lista de credores (art. 149, § 1º, n. 3) ou se forem por ele reconhecidos, não poderão embargar a concordata, nem prejudicarão, em caso algum, os direitos dos credores reconhecidos.

§ 4º Negada a concordata, o juiz mandará vir os autos conclusos e dentro de 24 horas abrirá a falência do devedor. A falência seguirá nos autos da concordata”.

⁶⁵ Art. 169 da Lei Federal nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908: “Incorrerão nas penas da falência culposa, salvo a prova de fraude, caso em que serão aplicadas as penas da falência fraudulenta: [...]”

A Lei Federal nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908, foi revogada pelo Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, que esteve em vigor por quase sessenta anos. Uma das grandes modificações deste Decreto-Lei foi o afastamento da necessidade de aceitação dos credores para que pudesse ser concedida a concordata preventiva. A pedido do devedor, o juiz poderia conceder a concordata suspensiva ou preventiva que implicavam na dilação dos prazos de pagamento dos compromissos, diminuição do valor a ser pago ou uma combinação de dilação e diminuição, desde que os devedores preenchessem alguns requisitos expostos pelo Decreto-Lei. A concordata passou a ser então um benefício legal para o devedor de boa fé, que tinha reflexo direto nos direitos dos credores, que não poderiam exigir seus créditos até o termo final na concordata. Se todas as condições da concordata fossem cumpridas, o devedor estaria livre da falência.

Nos idos de 1974, em conferência proferida no Instituto dos Advogados Brasileiros, no Rio de Janeiro, Rubens Requião já defendia a necessidade de alteração na legislação falimentar brasileira:

A falência e a concordata, como institutos jurídicos afins, na denúncia de empresários e de juristas, se transformaram em nosso País, pela obsolescência de seus sistemas legais, mais do que nunca, em instrumentos de perfídia e de fraude dos inescrupulosos. As autoridades permanecem, infelizmente, insensíveis a esse clamor, como se o País, em esplêndida explosão de sua atividade mercantil e capacidade empresarial, não necessitasse de modernos e funcionais instrumentos e mecanismos legais e técnicos adequados à tutela do crédito, fato essencial para o seguro desempenho econômico nacional. (REQUIÃO, 1975, p. 248).

Os clamores por mudança não pararam por aí. Em 1993, Jorge Lobo, posteriormente citado como um dos contribuintes para a aprovação do Projeto de Lei 4.376, também expôs:

É evidente que, para enfrentar tantos e tão complexos e variados problemas, o instituto da concordata preventiva não é mais solução, nem mesmo paliativa [...].

Por esses motivos, dentre outros, é necessário estabelecer, em um novo diploma legal, como fim último, como finalidade da lei, a manutenção das atividades empresariais e o saneamento e a preservação da empresa. (LOBO, 1993, p. 45-46).

5º, o concordatário que por negligência, descuido ou outro ato de culpa, concorrer para a deterioração da massa e conseqüente rescisão da concordata”.

Art. 170 da Lei Federal nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908: “*Incorrerão nas penas da falência fraudulenta: [...]*

5º, o devedor que por meio de qualquer ato fraudulento ou de simulação fizer conluio com um ou mais credores para obter concordata preventiva ou concordata na falência; [...]

10, o credor legítimo que fizer com o devedor, ou com terceiro, qualquer concerto em prejuízo da massa, ou transigir com o seu voto para obter vantagens para si nas deliberações e atos de concordata preventiva ou formada na falência, na quitação e reabilitação”;

A última metade do século XX foi uma época de profundas mudanças no cenário empresarial mundial e obviamente também no cenário brasileiro. A empresa, ou sociedade empresária, como se refere a nova legislação, não possui mais apenas o papel econômico, mas também importante papel social. E a legislação empresarial, e dentro dela a legislação referente à recuperação do empresário ou sociedade empresária em dificuldades econômicas, deve adaptar-se a este novo cenário, no qual os objetivos empresariais são bem mais amplos. A economia do século XXI é muito mais competitiva e, com a globalização no estágio em que se encontra, as pressões sobre agentes econômicos tomaram âmbito mundial.

A Nova Lei de Falências, Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, veio tentar adequar o direito concursal a esta nova realidade, priorizando a recuperação daqueles devedores que possuem dificuldades apenas momentâneas, em virtude de mudanças econômicas ou de insucessos temporários. Busca permitir que estes devedores permaneçam no mercado e superem tais dificuldades, mantendo-se, assim, os empregos e impedindo a redução da produção econômica. Para esta Lei, o mais importante é recuperar a empresa em dificuldade e não destruí-la para satisfazer aos credores, que, mesmo assim, na maioria das vezes, acabam sem receber seus créditos.

A Nova Lei de Falências substitui a figura da concordata pela recuperação judicial e extrajudicial, com o objetivo de aumentar a abrangência e a flexibilidade nos processos de recuperação, que buscam vencer dificuldades econômicas e financeiras.

A partir deste ponto passa-se às análises específicas da concordata preventiva instituída pelo Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945 — denominado pela doutrina e jurisprudência de Lei de Falências — e da recuperação judicial instituída pela Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 — chamada de Nova Lei de Falências.

3. A CONCORDATA PREVENTIVA NO DECRETO-LEI Nº 7.661, DE 21 DE JUNHO DE 1945

O Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, manteve as duas espécies de concordata até então existentes no Brasil: a concordata preventiva e a suspensiva. O principal objetivo da concordata é possibilitar que o devedor honesto e de boa fé possa recuperar-se financeiramente e arcar com seus compromissos, já que o comércio envolve riscos permanentes. Amador Paes de Almeida (2002, p. 384) conceitua a concordata como “*o instituto que objetiva regularizar a situação econômica do devedor comerciante, evitando (concordata preventiva), ou suspendendo (concordata suspensiva), a falência*”.

Ensina Trajano de Miranda Valverde (1948, p. 220):

Podemos, pois, definir a concordata: uma demanda, tendo por objeto a regularização das relações patrimoniais entre o devedor e seus credores quirografários e por fim evitar a declaração da falência, ou fazer cessar os efeitos dela, se já declarada.

Algumas disposições do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, são comuns aos dois tipos de concordata, sendo outras específicas da concordata preventiva ou da suspensiva. Assim, a análise passará pelas disposições comuns e pelas disposições da concordata preventiva, posto que aquelas também são necessárias para o entendimento da forma preventiva da concordata.

Só poderia requerer a concordata o devedor comerciante, pessoa física ou jurídica, que preenchesse os requisitos legais. Enquanto a falência abrangia qualquer tipo de comerciante, seja ele regular ou de fato, a concordata só poderia ser concedida ao comerciante regularmente constituído e com todos os atos de registros arquivados no órgão competente. Enquanto o falido perdia a administração de seu patrimônio, o concordatário continuava a administrar seus bens, sendo apenas fiscalizado pelo comissário.

O Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, tratou de caracterizar a concordata preventiva, como aquela anterior à falência e com o objetivo de evitar a quebra. O pedido de concordata preventiva deveria ser apresentado ao juiz competente para declarar a falência, ou seja, a competência era do juízo que tinha jurisdição sobre o principal estabelecimento do devedor. A legislação definiu como determinante para a competência o principal estabelecimento e não a sede. Em regra, era a sede formal o principal estabelecimento, mas se

acontecesse da administração ser realizada em estabelecimento diferente da sede oficial, sendo as decisões tomadas em outro local que não fosse a sede, a competência seria do foro do estabelecimento de onde advinham as decisões. O simples registro da localidade como sede não era suficiente para definir o local do pedido da concordata preventiva, assim como não o era na falência.

A falência do empresário de espetáculos públicos ou ambulantes poderia ser declarada pelo juiz do local onde se encontravam. A concordata preventiva, nestes casos, deveria ser pedida no local em que o devedor apresentava-se em dificuldade, onde se reunia o maior número de credores.

O processo de concordata preventiva não atraía a competência das demais ações, não se tratava de juízo universal como o da falência. Porém, os processos em curso referentes aos créditos objeto da concordata preventiva ficavam suspensos. O juízo só se tornaria universal caso a falência fosse declarada. Imperiosa a posição de Rubens Requião (1995, p. 22) sobre abrangência do juízo da concordata:

[...] não se pode falar, em termos absolutos, de *juízo universal da concordata*, pois a Lei exclui, de seus efeitos e, portanto, de seu âmbito processual, todos os credores que não os quirografários. [...]

Além disso, silencia a Lei de Falências no que se refere à unidade e universalidade do juízo da concordata, ao contrário do que faz em relação à falência. Não determina, naquele caso, a unidade e indivisibilidade do juízo. Ademais, quando a Lei pretende atrair para o juízo da concordata a ação de credores, assim, procede expressamente, como se vê da hipótese do art. 154 [...].

O Supremo Tribunal Federal sumulou no sentido de que a concordata não influenciaria as cobranças dos créditos trabalhistas: “*Súmula 227 - A concordata do empregador não impede a execução de crédito nem a reclamação de empregado na justiça do trabalho*”. Como se trata de crédito não quirografário, não tinha o empregado que se submeter ao juízo da concordata, o que se podia estender para todos os demais créditos não quirografários.

A oferta de pagamento por parte do devedor que pretendia a concordata preventiva deveria ser de no mínimo cinquenta por cento dos créditos quirografários se o pagamento fosse à vista. Para pagamentos a prazo o percentual mínimo era maior e variava de acordo com o prazo. Se o prazo fosse de seis meses o percentual mínimo era de sessenta por cento; se doze meses, setenta e cinco por cento; se dezoito meses, noventa por cento; e se de vinte e quatro meses, o pagamento seria total. Para prazos superiores a um ano, pelo menos dois quintos do valor deveriam ser pagos no primeiro ano.

O Decreto-Lei, quando publicado, não dava tantas opções ao concordatário. Apresentava apenas duas possibilidades de pagamento, ou quarenta por cento à vista, ou sessenta por cento a prazo, que não poderia exceder os dois anos. A Lei Federal nº 4.983, de 18 de maio de 1966, deu nova redação aos incisos I e II do artigo 156 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, aumentando a variedade de percentual proporcionalmente ao tempo de pagamento.

O Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, acabou com a necessidade de aprovação dos credores para concessão da concordata. Preenchidos os requisitos legais, o juiz deveria conceder a concordata. Esta deixou de ter natureza contratual, para caracterizar-se como favor legal, que deveria ser concedida, desde que preenchidos os pressupostos.

A concordata preventiva das sociedades deveria ser requerida pelo administrador que tivesse poderes de representação. No caso da sociedade anônima, os diretores deveriam estar amparados por deliberação da assembléia, cuja ata deveria instruir o requerimento de concordata, trazendo as condições em que esta seria proposta. Se a sociedade estivesse em liquidação, a concordata seria pedida pelo liquidante, que deveria instruir o pedido com a autorização dos sócios. Se fosse o devedor interdito, o pedido poderia ser apresentado pelo curador mediante autorização do juízo da interdição e no caso de falecimento do devedor, poderia o inventariante requerer a concordata, desde que tivesse autorização dos herdeiros.

Observa Trajano de Miranda Valverde (1948, p. 286) que “*Como não pode ser decretada a falência do espólio depois de um ano da morte do devedor (art. 4.º, § 2º), também após este prazo não pode o inventariante requerer concordata preventiva*”. O autor ainda afirma que teria a possibilidade do inventariante pedir a concordata mesmo havendo recusa de alguns herdeiros. Se o inventariante provasse a necessidade da concordata, o juiz poderia autorizar o pedido mediante alvará no qual constasse as condições do pedido.

O processo de concordata suspensiva não se suspendia em feriados e nas férias forenses. Assim como na falência, todos os prazos eram contínuos e peremptórios. Se não houvesse disposição em contrário, os prazos correriam em secretaria, não podiam os autos ser retirados, exceto quando expressamente determinado pelo juiz.

O preparo era devido na concordata preventiva, porém o processo não podia ficar parado pelo não pagamento, sob pena de responsabilidade do escrivão que determinasse a paralisação. Caso o devedor não apresentasse o comprovante de preparo, o escrivão deveria fazer os autos conclusos e o juiz deveria decretar a falência.

Por determinação expressa da Lei de Falências, o representante do Ministério Público deveria ser ouvido na concordata preventiva, agindo como *custus legis*. Podia requerer o que

achasse necessário e tinha direito de examinar todos os livros e documentos referentes à concordata. Esta determinação era válida para todos os procedimentos regulados pelo Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

A rescisão ou negativa da concordata preventiva não dava alternativa ao juiz senão declarar a falência do devedor. O fato de o devedor requerer a concordata preventiva já era suficiente para caracterizar o estado de crise econômica, e, uma vez negada a concordata preventiva, o juiz teria que declarar a falência.

Pressupõe a lei que ninguém solicitaria concordata se não precisasse dela, já que a concordatária sofre restrições de crédito e, se a condição é largamente difundida na imprensa, vê os consumidores se afastarem. Se é assim, ao impetrar a medida, a sociedade empresária devedora está, de certa forma, manifestando sua insolvência. Se quer a concordata, mas não preenche os requisitos para a sua obtenção, determina a lei que se instaure, de imediato, o concurso falimentar. (COELHO, 2002, p. 360).

Apesar de tentar justificar a previsão do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, da obrigatoriedade de decretação da falência quando negada a concordata, Fábio Ulhoa Coelho (2002, p. 361), não se posiciona a favor de tal obrigatoriedade. Para o autor, o juiz *“fica encurralado entre a opção de cumprir estritamente a lei e decretar a falência da sociedade empresária, com prejuízos para muitos, ou conceder-lhe a concordata, a despeito do não-preenchimento dos requisitos legais”*.

Logo em seguida, expõe o referido autor que o mais acertado seria a possibilidade de o juiz simplesmente indeferir o pedido de concordata, sem ter a obrigação de decretar a falência, posto que a decretação da falência prejudica aos credores, que têm prejuízo com a decretação da falência, enquanto que na concordata, mesmo que demore, têm a possibilidade de receber. Prejudica aos empregados, que perdem seus postos de trabalho; aos consumidores, que ficam sem os bens fornecidos pela falida; ao fisco que perde um contribuinte; e à vizinhança da unidade empresarial.

3.1. Requisitos para o requerimento da concordata preventiva

Lembra Fábio Ulhoa Coelho (2002, p. 361) que algumas sociedades estavam proibidas por lei de obter os benefícios da concordata:

Estão, assim, excluídas do favor legal: a) as instituições financeiras, as sociedades integrantes do sistema de distribuição de títulos ou valores mobiliários no mercado de capitais ou corretoras de câmbio (Lei n. 6.024/74, art. 53); b) as sociedades seguradoras (Dec.-Lei n. 73/66, art. 26); c) as operadoras de planos privados de assistência saúde (Lei n. 9.656/98, art. 26); d) as empresas que exploram serviços aéreos de qualquer natureza ou infra estrutura aeronáutica (Lei n. 7.565/86, art. 187).

Para quem não tinha proibição legal, o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, trazia alguns impedimentos ao pedido de concordata. Estavam impedidos de pedir concordata os devedores que não arquivavam documentos e livros que eram de registro obrigatório.

Nos termos do artigo 8º do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, o comerciante tinha que requerer a falência em até trinta dias do vencimento de obrigação líquida e não paga. O artigo 140 do mesmo Decreto-Lei trazia que estava impedido de impetrar concordata o devedor que não requeria a falência no prazo do artigo 8º. Rezavam os referidos artigos:

Art. 140. Não pode impetrar concordata: [...]

II - o devedor que deixou de requerer a falência no prazo do art. 8º;

Art. 8º O comerciante que, sem relevante razão de direito, não pagar no vencimento obrigação líquida, deve, dentro de trinta dias, requerer ao juiz a declaração da falência, expondo as causas desta e o estado dos seus negócios, e juntando ao requerimento: [...]

Notícia Rubens Requião (1995), que se estabeleceu forte divergência jurisprudencial em relação à possibilidade de se conceder a concordata preventiva para o devedor que não requereu a falência dentro do prazo do artigo 8º, supra citado. Uma corrente entendia que se a autofalência não tivesse sido pedida no prazo estabelecido, o devedor não poderia obter a concessão da concordata preventiva. Já a outra entendia que não bastava o vencimento do título, este teria que ter sido protestado, pois o protesto era requisito indispensável para o devedor requerer a falência (artigo 11 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945) e proibição para a concessão da concordata preventiva (artigo 158, inciso IV do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945).

Prevaleceu a posição da segunda corrente, que resultou na redação de súmula pelo Supremo Tribunal Federal: “*Súmula 190 - O não pagamento de título vencido há mais de trinta dias, sem protesto, não impede a concordata preventiva*”. O argumento básico para se chegar a tal súmula⁶⁶ resume-se na posição do então ministro Orozimbo Nonato da Silva:

⁶⁶ A súmula 190 foi alicerçada em três precedentes chaves: Recurso Extraordinário nº 15.706, DJ 28/09/1950; Recurso Extraordinário nº 16.150, DJ 26/04/1951; e Recurso Extraordinário nº 49.368, DJ 02/08/1962.

Ora, quanto ao fato de não haver a firma devedora requerido a falência, após o prazo de que cogita o art. 8º a que faz remissão o art. 140-II, seria preciso que a impontualidade ou a mora, se caracterizasse pelo protesto, que exige o art. 11, todos da referida lei de falências.

A rigor, sendo o embargo à concordata, um implícito pedido de falência, faltaria outrossim, ao embargante, qualidade para se opor à concordata, quando, pela ausência do protesto de títulos vencidos, não estaria apto a requerer a falência, conforme, peremptoriamente, prescreve o art. 11. (BRASIL, STF. RE 16.150, Rel. Min. Orozimbo Nonato, 1951).

Assim, com o advento da Súmula 190 do Supremo Tribunal Federal, consolidou-se a posição de que não bastava que o devedor tivesse dívida vencida há mais de trinta dias. Era indispensável para se configurar o impedimento à concordata preventiva que o título representante da dívida tivesse sido protestado, não bastando o simples apontamento a protesto (BRASIL, STF. RE 15.706, Rel. Min. Lafayette de Andrada, 1950).

O artigo 141 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, dispensava a necessidade de arquivamento dos livros e documentos obrigatórios para os casos de devedores que exerciam individualmente o comércio e cujo passivo não superasse cem vezes o valor do salário mínimo vigente. Nestes casos, o Decreto-Lei também dispensava o devedor da obrigatoriedade de requerer a falência dentro dos trinta dias após o vencimento de obrigação líquida, como exposto acima. O valor da concordata de pequeno passivo era apurado pelo valor dos créditos expostos na lista de credores apresentada pelo devedor.

A dispensa da apresentação dos livros e documentos obrigatórios para os devedores de pequenas quantias que exerciam o comércio individualmente estava em consonância com os dispositivos que regulamentavam a falência. O mesmo valor que pauta a dispensa, ou seja, dívidas menores que cem vezes o salário mínimo, dava ensejo ao processamento sumário da falência, que abreviava o procedimento falimentar, simplificando as formalidades e diminuindo as exigências legais. O pequeno passivo também isentava de pena o falido que tivesse pouca instrução e não apresentasse os livros obrigatórios ou apresentasse a escrituração com algum defeito ou, até mesmo, deixasse de apresentar o balanço dentro dos sessenta dias fixados por lei. Nestes casos, se o juiz julgasse que o falido tinha instrução insuficiente e o passivo não ultrapassasse os cem salários mínimos estipulados, podia isentá-lo da pena de seis meses a três anos prevista no artigo 186 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

Também estava impedido de requerer a concordata o devedor condenado por crimes falimentar, patrimonial ou ligado à atividade empresarial, tais como: furto, roubo, apropriação indébita, estelionato e outras fraudes, concorrência desleal, falsidade, peculato, contrabando,

crime contra o privilégio de invenção ou marcas de indústria e comércio e crime contra a economia popular. Expõe Trajano de Miranda Valverde (1948, p. 224-225) sobre a prática de tais crimes:

A vida pregressa do requerente da concordata, ou suspensiva, ou preventiva da falência, há de apresentar-se isenta da mácula de certos crimes que atacam a honorabilidade do indivíduo e o tornam indigno, se comerciante, do favor legal. [...]

Equiparados, como se acham, os diretores, administradores ou liquidantes das sociedades ao devedor ou falido, para todos os efeitos penais previstos na lei (art. 191), é claro que o impedimento legal funcionará no caso de caber a representação da sociedade a pessoa condenada por qualquer dos crimes enumerados no dispositivo. Com mais forte razão, quando a pena também atingir a própria pessoa jurídica.

O doutrinador destaca a necessidade de vida honrada do devedor e adverte pela equiparação existente entre o devedor e os diretores, administradores ou liquidantes das sociedades devedoras. Tal equiparação era expressamente disposta pelo artigo 191 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Assim, se os diretores, administradores ou liquidantes eram condenados a qualquer dos crimes acima expostos, as sociedades por eles comandadas estavam impedidas de beneficiar-se da concordata. Em regra, a personalidade jurídica da sociedade não se confunde com a personalidade de seus gestores. Porém, por disposição expressa do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, para fins de impedimento à concordata, a conduta dos gestores era de fundamental importância para concessão do benefício legal.

Se o devedor já havia requerido concordata há menos de cinco anos e não a cumpriu, não poderia, também, beneficiar-se com nova concordata. A legislação tentava evitar os abusos e forçar o cumprimento da concordata.

Os que não estavam impedidos de pedir a concordata ainda tinham que satisfazer algumas condições para requerer a concordata preventiva. A primeira delas era de exercer regularmente o comércio há mais de dois anos. Para tal, além de provar o exercício do comércio, ainda era necessário estar inscrito no registro do comércio pelo período exigido. Caso contrário, o exercício do comércio não seria regular, não dando direito à concordata. O comerciante que cessava suas atividades ainda poderia requerer a concordata preventiva, já que ficava sujeito à decretação da falência até dois anos após o encerramento da atividade comercial:

Ainda que haja cessado o exercício do comércio, poderá o comerciante, até dois anos (art. 4.º, VII) após esse fato, requerer concordata preventiva, pois que fica

durante esse prazo sujeito à falência por dívidas contraídas quando ainda comerciava. (VALVERDE, 1948, p. 290).

O ativo tinha que ser maior que a metade do passivo quirografário. Existindo bens em garantia de qualquer dívida, só seria computado na apuração do ativo o que excedesse ao garantido. Era essa uma forma de tentar garantir o cumprimento da concordata e diminuir o prejuízo dos credores. O comissário tinha a função de receber as garantias apresentadas⁶⁷. Assim, deveria apreciar os valores dos bens apresentados pelo concordatário e expor seu parecer para o juiz, que só então iria decidir sobre o valor mínimo do ativo apresentado. Caso houvesse superavaliação do ativo ou sub-avaliação do passivo que comprometesse a equação apresentada pelo Decreto-Lei, após o parecer do comissário, o juiz poderia indeferir o pedido de concordata ou rescindi-la em momento posterior. Se o ativo não alcançasse a metade do passivo quirografário, o credor só poderia obter a concordata preventiva se apresentasse alguma forma de garantia, real ou fidejussória.

Os bens apresentados em garantia real poderiam ser de propriedade do devedor, quando a simples apresentação era suficiente para constituir a garantia, ou de terceiros, desde que com a concordância expressa destes. Se se tratasse de pessoas casadas, a concordância do cônjuge era indispensável, quando fossem apresentados bens imóveis. A apresentação de bens de terceiros não colocava os proprietários garantidores do cumprimento total da concordata, mas se esta não fosse cumprida, os bens apresentados responderiam por tal. A garantia apresentada poderia ser apenas complementar, ou seja, se o patrimônio do devedor não fosse suficiente, este poderia complementá-lo com a garantia real, não necessitando de garantir toda a proposta de concordata.

Caso fosse apresentado fiador, este garantia o cumprimento total da concordata, se a proposta não limitasse sua obrigação. Como o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, não trazia disposições específicas sobre a fiança na concordata, aplicavam-se os ditames da lei civil. Assim, o fiador poderia expressamente limitar sua responsabilidade ao pagamento de determinado percentual da proposta. A idoneidade do fiador deveria ser aceita pelo juiz, que não deveria avaliar apenas o patrimônio imóvel do fiador, mas o conjunto de seus bens e sua capacidade de pagamento. Caso o fiador não convencesse de sua idoneidade e o patrimônio do devedor não garantisse o cumprimento, a concordata poderia ser negada (VALVERDE, 1948).

⁶⁷ As funções do comissário serão mais bem esclarecidas no item 3.4.

O falido não tinha direito à concordata preventiva até que suas responsabilidades tivessem sido declaradas extintas, já que ficava impedido de exercer o comércio. Se não existisse a declaração de extinção das obrigações do falido nos termos do artigo 138 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, este ainda continuava sob os efeitos da falência e não poderia beneficiar-se da forma preventiva da concordata. Após a extinção, cessavam-se os efeitos da falência e renascia o direito à concordata.

Não podia ter o devedor nenhum título protestado por falta de pagamento. Trajano de Miranda Valverde (1948) considerava tal exigência excessiva, já que o devedor tinha até trinta dias a partir do vencimento de obrigação líquida para requerer a autofalência. O referido autor entendia que, neste prazo, deveria o devedor ter direito, também, de pedir a concordata preventiva. Entendia, ainda, que o juiz poderia deferir o pedido de concordata se o devedor apresentasse justificativas plausíveis para o não pagamento do título ou se assegurasse o pagamento do valor protestado por meio de garantia real. Em qualquer dos casos, sendo constatado que o devedor estava de má-fé ou que as justificativas não tinham fundamento, a concordata poderia ser rescindida.

O Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, referia-se apenas ao protesto por falta de pagamento. O protesto por falta de aceite ou pela não devolução do título não eram barreiras para a concordata, pois o referido Decreto-Lei só mencionava o protesto por falta de pagamento. O protesto também não poderia impedir a falência no caso do devedor não ser o emitente do título, mas apenas avalista ou participante da cadeia de endosso, como bem coloca Trajano de Miranda Valverde (1948, p. 292-293):

Também não constitui motivo para o indeferimento do pedido de concordata o fato de ter sido protestado título cambiário, no qual o devedor figura como endossador ou avalista deste. O protesto é, nesta hipótese, condição legal para se tornar efetiva a responsabilidade subsidiária e regressiva do devedor. A impontualidade do endossador é uma consequência da impontualidade do devedor principal e só se positiva quando, cientificado de que o título não foi pago, ele, por sua vez, não efetua o pagamento. Podia até o requerente da concordata ignorar, no momento em que formulou o pedido, essa circunstância.

O pedido de concordata preventiva deveria ser apresentado através de petição que explicasse minuciosamente o estado econômico do devedor e todas as razões que o levaram ao estado de dificuldade econômica, como exigia o artigo 159 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. O referido artigo trazia outras exigências em seu parágrafo único original. A Lei Federal nº 8.131, de 24 de dezembro de 1990, reenumerou o parágrafo e acrescentou

mais dois, aumentando as exigências para a apresentação do pedido inicial da concordata preventiva.

A petição deveria estar acompanhada de prova do registro dos livros e documentos exigidos pela legislação; prova da inscrição no registro do comércio há mais de dois anos; cópia do documento de constituição da sociedade empresária — contrato ou estatuto social — ou do requerimento de firma individual (atual requerimento de empresário individual), caso não se tratasse de sociedade.

Deveriam também ser apresentadas as demonstrações financeiras do último exercício social, além de serem levantadas demonstrações da época do pedido. Todas as demonstrações tinham que estar em estreita conformidade com as exigências legais e deveriam apresentar, no mínimo, o balanço patrimonial, expondo ativo, passivo e patrimônio líquido do devedor; a demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados e a demonstração do resultado a partir do último exercício social. A demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados servia para expor o histórico do devedor e como este vinha se comportando economicamente. Já a demonstração do resultado a partir do último exercício evidenciava a situação imediatamente anterior ao pedido de concordata preventiva.

Em relação a todas as demonstrações financeiras, o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, através das alterações promovidas pela Lei Federal nº 8.131, de 24 de dezembro de 1990, remetia para as disposições da Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, Lei das Sociedades Anônimas. Independentemente do tipo societário, as normas referentes às demonstrações financeiras deveriam ser seguidas, pois o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, estipulou a Lei das Sociedades Anônimas como parâmetro a ser seguido em qualquer pedido de concordata preventiva. Se se tratasse de sociedade anônima de capital aberto, ainda teriam que ser seguidas as determinações da Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

A Lei das Sociedades Anônimas traz, como exigência, que as demonstrações financeiras sejam levantadas em conformidade com os princípios contábeis e que venham acompanhadas de notas explicativas. Estas notas devem trazer os principais fatos que influenciam nas demonstrações⁶⁸.

⁶⁸ Art. 176 da Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976: [...]

“§ 4º As demonstrações serão complementadas por notas explicativas e outros quadros analíticos ou demonstrações contábeis necessários para esclarecimento da situação patrimonial e dos resultados do exercício.

§ 5º As notas deverão indicar:

Também era necessário o inventário de todos os bens e das dívidas possuídas pelo devedor. No inventário dos bens, deveriam constar todos os gravames a que estavam submetidos, pois só poderia entrar no cômputo do ativo mínimo os bens livres ou o que excedesse a garantia. Assim, os bens e direitos seriam avaliados com base nos preços de mercado e deveriam ser deduzidas as despesas necessárias para a liquidação dos valores do ativo societário.

O passivo social, composto pelas dívidas e obrigações, seria computado com base no valor atualizado das dívidas até a data do levantamento do balanço. Se existissem dívidas em moedas estrangeiras, a conversão para a moeda nacional deveria ser feita com base na taxa de câmbio da data do balanço. Como já exposto, o ativo deveria ser superior à metade do valor devido aos credores quirografários.

Tinha que ser apresentada, também, lista detalhada de todos os credores, constando nome, domicílio e residência da cada credor, natureza da dívida e o valor individual de cada crédito. Se existissem créditos em moedas estrangeiras, estes deveriam ser convertidos em moeda nacional pelo câmbio do dia do pedido de concordata preventiva, considerando sempre a moeda nacional como parâmetro de quantificação dos créditos.

Ainda poderia o representante do Ministério Público fazer outras exigências. Porém estas só eram apresentadas após o ajuizamento do pedido inicial. Assim, teria que ser concedido prazo ao devedor para que cumprisse as exigências do Ministério Público, sob pena de não ser deferida a concordata.

Os livros empresariais obrigatórios também deveriam ser entregues juntamente com a petição inicial, pois deveriam ser encerrados pelo escrivão e assinados pelo juiz.

As custas até a publicação do edital deveriam ser recolhidas e o comprovante juntado com a inicial. Como já exposto anteriormente, o artigo 208 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, trazia que os processos de falência e de concordata preventiva não podiam parar por causa do preparo, devendo os valores ser cobrados em momento oportuno. Se o

a) Os principais critérios de avaliação dos elementos patrimoniais, especialmente estoques, dos cálculos de depreciação, amortização e exaustão, de constituição de provisões para encargos ou riscos, e dos ajustes para atender a perdas prováveis na realização de elementos do ativo;

b) os investimentos em outras sociedades, quando relevantes (artigo 247, parágrafo único);

c) o aumento de valor de elementos do ativo resultante de novas avaliações (artigo 182, § 3º);

d) os ônus reais constituídos sobre elementos do ativo, as garantias prestadas a terceiros e outras responsabilidades eventuais ou contingentes;

e) a taxa de juros, as datas de vencimento e as garantias das obrigações a longo prazo;

f) o número, espécies e classes das ações do capital social;

g) as opções de compra de ações outorgadas e exercidas no exercício;

h) os ajustes de exercícios anteriores (artigo 186, § 1º);

i) os eventos subseqüentes à data de encerramento do exercício que tenham, ou possam vir a ter, efeito relevante sobre a situação financeira e os resultados futuros da companhia”.

devedor não juntasse o comprovante de pagamento das custas, o escrivão deveria certificar nos autos e fazê-los conclusos, devendo o juiz decretar a falência, posto que o devedor não cumpriu a determinação do artigo 160, § 2º do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. As custas poderiam ser cobradas da massa falida.

O devedor teria que apresentar, também, o comprovante de quitação tributária, ou seja, as certidões negativas junto às fazendas públicas municipal, estadual, federal e do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social. As certidões negativas tributárias não tinham que ser apresentadas juntamente com a inicial. O devedor tinha prazo para apresentá-las de até vinte e quatro horas após a apresentação do relatório do comissário. Caso não fossem apresentadas nesse prazo, o escrivão deveria certificar e fazer os autos conclusos, devendo o juiz decretar a falência.

3.2. Procedimento da concordata preventiva

Verificada a regularidade do pedido de concordata preventiva, o juiz deveria determinar seu processamento e proferir despacho mandando expedir edital constando o pedido, a íntegra do despacho e a lista dos credores apresentada pelo devedor. O edital deveria ser publicado no órgão oficial por duas vezes e mantida cópia em cartório para consulta dos interessados. Antes deste despacho, poderia o devedor desistir do pedido. Após, não mais poderia haver a desistência, e, neste caso, a falência deveria ser decretada. Não poderia o juiz determinar a emenda à inicial, pois o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, não lhe facultava tal procedimento, exigindo que a falência fosse decretada se faltasse qualquer dos requisitos.

O despacho determinaria, também, a suspensão de todas as ações e execuções contra o devedor que fossem referentes a créditos sujeitos à concordata. O termo inicial da suspensão era o momento do despacho, não retroagindo ao pedido de concordata. Tinha, portanto, efeito *ex nunc*. Deveria o juiz marcar prazo não inferior a dez dias e não superior a vinte dias para que os credores que não constassem na lista trazida pelo devedor apresentassem seus créditos, bem como os documentos que os comprovassem.

O comissário seria nomeado neste despacho, que deveria seguir os critérios para a nomeação do síndico na falência, ou seja, o comissário seria escolhido entre os maiores credores do devedor que possuíssem reconhecida idoneidade moral e financeira e que

residissem no foro em que a concordata estava sendo processada. Após a terceira recusa de nomeação dos credores em assumir o cargo de comissário, o juiz poderia nomear pessoa estranha que gozasse de idoneidade e boa fama. O despacho deveria fixar o prazo para apresentação da garantia eventualmente disponibilizada pelo devedor.

Nomeado o comissário, este seria intimado pessoalmente para comparecer em cartório e assinar, dentro de vinte e quatro horas, o termo de bem e fielmente desempenhar seus deveres. Se fosse nomeado comissário entre os credores, ele deveria apresentar em cartório a declaração de seu crédito e os documentos comprobatórios do mesmo.

Dentre as funções do comissário estava a apresentação de relatório circunstanciado da situação financeira do devedor e de seu procedimento antes e após a concordata, devendo destacar qualquer possibilidade de crime falimentar. Somente após a apresentação de tal relatório é que se iniciaria o prazo para a apresentação dos embargos dos credores.

Após a entrega do relatório do comissário e decorrido o prazo sem a apresentação dos embargos, os autos seriam conclusos para o juiz decidir sobre a declaração da falência ou acolhimento da concordata preventiva. Caso todos os requisitos tenham sido atendidos pelo devedor, o juiz deveria acolher a concordata preventiva. Se qualquer dos requisitos não fosse atendido, a falência deveria ser decretada. Como se trata de norma cogente, mesmo que não fossem apresentados embargos, se o juiz constatasse a ausência de qualquer dos requisitos, poderia negar a concordata e decretar a falência. Esta é a opinião da melhor doutrina ora retratada pelo texto em destaque:

O Juiz, na ausência de embargos, não está forçado a conceder a concordata solicitada. [...] Cabe-lhe, no conflito de direito público que dá lugar a concordata, segundo a lei vigente, apreciar os fatos que impedem o deferimento e os que a lei especifica para fundamentar a oposição ao pedido. (MAGALHÃES, 1954, p. 135).

Os credores posteriores à concordata também poderiam pedir a decretação da falência do concordatário. Não se tratava de pedido de rescisão da concordata preventiva, pois a rescisão só poderia ser requerida por devedores que estavam sobre os efeitos da concordata. Mas os efeitos da decretação da falência do concordatário eram os mesmos da rescisão da concordata. O juízo da concordata era o competente para julgar o pedido de falência, posto que se tornava prevento pelo processamento da concordata. O pedido apresentado por credor posterior à concordata deveria obedecer aos requisitos de qualquer pedido de falência e seria processado em apartado. Se o juiz entendesse pela falência, a concordata ficaria rescindida, devendo os autos da concordata ser apensados aos da falência.

Como já exposto, o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, era claro ao trazer em seu artigo 204 que todos os prazos fixados por ele eram peremptórios e contínuos, correndo em cartório e não se suspendiam em feriados ou férias. A publicação de editais, avisos, anúncios e do quadro-geral de credores deveria ser feita por duas vezes no órgão oficial, devendo o escrivão certificar a data da primeira publicação, pois dela seriam iniciados os prazos fixados. As publicações no órgão oficial eram gratuitas.

3.3. Embargos à concordata preventiva

Os credores quirografários poderiam apresentar embargos à concordata preventiva para tentar impedir a sua concessão. Constatada a regularidade do pedido, o juiz deveria emitir despacho determinando seu processamento e, dentre outras exigências, deveria nomear o comissário da concordata. Uma das obrigações do comissário era apresentar o relatório circunstanciado da situação econômica do devedor, como já exposto acima.

Após a apresentação deste relatório, o escrivão deveria publicar no órgão oficial aviso aos credores de que estes teriam o prazo de cinco dias para apresentarem embargos à concordata preventiva. Apesar da nomenclatura embargos, conforme expõe Roberto Barcellos de Magalhães (1954, p. 136), “*Os embargos são processados nos próprios autos da concordata*”⁶⁹.

Através dos embargos à concordata, os credores deveriam provar que a proposta de concordata lhes impunha sacrifício maior do que a decretação da falência do devedor ou que o devedor não tinha possibilidade de cumprir o que se propôs pela concordata. Tais alegações teriam como base a condição patrimonial do devedor, ou seja, o valor do ativo em relação ao passivo apresentados pelo devedor. Se o ativo livre superasse em muito o valor da proposta apresentada pelo devedor, significaria que uma eventual venda no processo de falência seria mais vantajosa para os credores. Assim, estava sendo imposto aos credores sacrifício maior que a decretação da falência. Então, a concordata não deveria ser concedida.

Em relação à possibilidade de cumprir a proposta de concordata, era indispensável que o devedor comprovasse que o ativo livre de garantias era maior que a metade do passivo quirografário. Além disso, o ativo deveria ser suficiente para garantir o cumprimento da

⁶⁹ Comunga da mesma opinião Trajano de Miranda Valverde (1948).

proposta de concordata. Caso o ativo não fosse suficiente, a concordata só poderia ser concedida se o devedor apresentasse garantia — real ou fidejussória — de seu cumprimento, caso contrário os credores poderiam alegar nos embargos a impossibilidade de cumprimento da concordata, posto que o ativo não comportava a proposta de pagamento.

Os embargos poderiam combater, também, o relatório do comissário, expondo as inexatidões deste ou apontar qualquer fraude ou má-fé que influenciasse na formação da concordata. O crime falimentar, como também era impedimento à concessão da concordata preventiva, poderia ser apontado pelos credores nos embargos. Como já dito, era impedimento à concordata o crime do devedor, diretores, administradores ou liquidantes da sociedade devedora. Assim, em qualquer dos casos, desde que provado pelos credores, a concordata não poderia ser concedida. E bastava a inexatidão do relatório, laudo ou informações do comissário, não implicando, necessariamente, em má-fé deste. Mesmo que o comissário não tivesse como tomar conhecimento do fato omitido, se o credor tivesse conhecimento de tal fato poderia alegá-lo nos embargos e impedir a concessão da concordata.

A má-fé ou fraude a ser alegada pelos credores poderia ser de qualquer envolvido na concordata, porém estes acontecimentos deveriam ter relevância para a concessão da mesma. Caso fosse má-fé ou fraude do devedor, desde que influenciasse na concordata, seria motivo para não concessão da mesma. Se do comissário, já seria diretamente vinculada à concordata. E se de credor, o crédito objeto da fraude ou da má-fé deveria estar listado na concordata.

A titularidade para embargar era apenas dos credores quirografários, pois somente estes sofriam os efeitos da concordata, apresentando, por isso, interesse em impedir a concessão da mesma. Trajano de Miranda Valverde (1948, p. 226) explora a possibilidade do credor do sócio solidário apresentar embargos:

Mas, tratando-se de concordata pedida por sociedade em que há sócios solidários, não terão os credores deste o direito de se opor, pelo menos em certos casos, à concessão da concordata?

[...] Na concordata preventiva, porém, diz a lei que o seu pedido não produz quaisquer alterações nas relações dos sócios, ainda que solidários, com os seus credores particulares (art. 156, § 2º). Temos, assim, que os credores particulares do sócio solidário, tanto na concordata preventiva, quanto na concordata suspensiva da falência, não podem opor-se ao pedido formulado pela sociedade.

Mas se eles não podem opor-se à concessão da concordata, parece-nos que têm o direito de intervir no processo, como terceiros prejudicados, para excluir das garantias reais, porventura oferecidas pela sociedade concordatária, os bens do sócio solidário devedor. É que sobre esses bens, que se arrecadam na falência distintamente (art. 71), têm os credores particulares o direito de ser pagos em igualdade de condições com os credores sociais (art. 128, III). É um patrimônio separado e só subsidiariamente responde pelas obrigações sociais.

Deixa claro o supra citado autor que os credores particulares dos sócios solidários só poderiam se opor à concessão da concordata caso o patrimônio do sócio solidário fosse dado em garantia de cumprimento da mesma. Se o patrimônio do sócio solidário não fosse envolvido na concordata, seus credores solidários ficariam sem interesse, pois a garantia do pagamento que lhes era devido, ou seja, o patrimônio do sócio, não seria atingido pela concordata. Acaso o patrimônio do sócio solidário figurasse como garantia de cumprimento, os credores particulares do sócio poderiam tentar impedir a concordata, pois seus interesses poderiam ser atingidos em caso de descumprimento.

Sendo opostos os embargos, o devedor teria quarenta e oito horas para apresentar sua defesa e indicar as provas com as quais pretendia provar seus argumentos. Após o prazo para defesa, os autos da concordata seriam conclusos e o juiz, em quarenta e oito horas, deveria deferir as provas que achasse necessárias e marcar audiência para julgamento dos embargos para os dez dias seguintes.

Na audiência seriam produzidas as provas necessárias e apresentadas as alegações finais pelo embargante, pelo embargado e pelo representante do Ministério Público, em dez minutos para cada. Após, deveria ser proferida a sentença que, se julgasse procedentes os embargos, deveria negar a concordata preventiva e decretar a falência do devedor e, se julgasse improcedente, deveria conceder a concordata.

Caso todos os embargantes desistissem dos embargos, o escrivão deveria publicar aviso da desistência aos interessados, que teriam cinco dias para manifestar seu desejo de prosseguir com os embargos. Todas as custas, inclusive da publicação de aviso aos interessados, correriam por conta dos desistentes. Se apenas alguns dos embargantes desistissem, deveria ser homologada a desistência e prosseguir os embargos em relação aos outros embargantes.

Mesmo que todos os embargantes desistissem e nenhum outro interessado se manifestasse pelo prosseguimento dos embargos, o juiz não estaria obrigado a conceder a concordata, pois, como já exposto, tratando-se de normas cogentes, percebendo o juiz que quaisquer dos requisitos não tenham sido atendidos, a concordata poderia ser negada.

3.4. Comissário

Como já dito, o comissário era nomeado pelo juiz, sendo escolhido, primeiramente, entre os credores quirografários do devedor que residissem no foro do pedido de concordata preventiva. Tinha a função de fiscalizar o cumprimento da concordata e as atividades do concordatário na administração de seus bens. Segundo o Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa, comissário, em seu sentido jurídico, significa “*na concordata preventiva, credor que o juiz nomeia para promover atos do processo, fiscalizar e desempenhar outros encargos*” (HOUAISS, 2002, s/p).

O juiz só poderia nomear pessoa que não fosse credora após a terceira recusa dos credores. O comissário deveria ser, sempre, pessoa que gozasse de idoneidade e boa fama. Da mesma forma que o síndico na falência, não poderia ser comissário parente do devedor ou dos representantes da sociedade devedora, mesmo que por afinidade, até o terceiro grau. Também estavam impedidos os amigos, inimigos e dependentes. Os cessionários de créditos há menos de três meses do pedido de concordata, não poderiam atuar como comissário. Os síndicos ou comissários de falências ou concordatas anteriores que não tivessem apresentado contas ou que estas não tivessem sido aprovadas não podiam ser comissários, bem como aqueles que já tivessem sido destituídos em outras ocasiões.

Caso fosse o comissário pessoa estranha à concordata, ou seja, aquele que não era credor, o juiz não poderia nomeá-lo, se já o tivesse escolhido para outro processo a menos de um ano. O credor que tivesse recusado, há menos de seis meses, o encargo de ser comissário ou síndico, também estava impedido de ser nomeado comissário.

Caso a nomeação de comissário recaísse sobre pessoa jurídica, esta deveria indicar o nome de quem a representaria na função do comissário. A pessoa indicada só poderia ser substituída com a anuência do juiz.

A nomeação judicial do comissário poderia ser atacada pelos interessados em até quarenta e oito horas da publicação da decisão que o nomeou.

Após a nomeação, o comissário deveria ser intimado pessoalmente para assinar em cartório, dentro de vinte e quatro horas, o termo de bem e fielmente desempenhar seus deveres e entregar a declaração de crédito, juntamente com os documentos que o comprovasse, caso fosse credor.

O comissário, após a assinatura do termo, deveria publicar no órgão oficial o local e horário em que estaria à disposição dos interessados, podendo ser em escritório próprio ou no

estabelecimento do concordatário. Deveria comunicar aos credores listados pelo devedor a data do ajuizamento da concordata, a natureza e valor do crédito. Caso não comprovada a idoneidade do crédito, o comissário poderia impugnar o mesmo, o que seria decidido pelo juiz em autos apartados.

Era dever do comissário verificar quaisquer causas de impedimento da concordata e apontá-las em relatório para o juiz, tais como: impedimentos do devedor, falta de condições para o deferimento da concordata ou inexatidão dos documentos apresentados. Acaso existisse qualquer empecilho à concordata, o comissário deveria requerer a falência ao juiz.

O comissário tinha o dever de fiscalizar o devedor durante todo o processamento da concordata. Deveria averiguar mensalmente os demonstrativos apresentados pelo concordatário, que, visados pelo comissário deveriam ser juntados aos autos até o dia dez do mês subsequente. A fiscalização devia recair também sobre os livros e papéis do concordatário, que deveria requisitar as informações que se fizessem necessárias, tudo para resguardar os interesses dos credores quirografários. Essa era a principal função que se confundia com o próprio conceito de comissário: *“comissário é aquele que, nomeado pelo juiz, fiscaliza a atividade do concordatário, no resguardo dos interesses dos credores”* (ALMEIDA, 2002, p. 404).

Acaso entendesse necessário, o comissário poderia designar peritos contábeis e avaliadores para auxiliarem nos trabalhos. Estes peritos seriam remunerados e se tal remuneração não fosse acertada de comum acordo com o concordatário, seria arbitrada pelo juiz.

As informações ou reclamações apresentadas pelos interessados deveriam ser apreciadas pelo comissário através de parecer sobre as mesmas. Se verificado qualquer ato suscetível de revogação, o comissário deveria comunicá-lo ao juiz.

No caso de apresentação de garantia pelo devedor, o comissário estaria responsável por sua efetivação, deveria recebê-la em nome dos credores e com a assistência do representante do Ministério Público. Se a garantia fosse por meio de bens móveis, o comissário tornava-se depositário judicial de tais bens, quando lhe fossem entregues. Se fossem apresentados imóveis em garantia, teria o comissário que examinar toda a documentação e verificar a efetivação da garantia através do registro no cartório de registro de imóveis. Quando eram dados em garantia bens de terceiros, o comissário deveria examinar os comprovantes da propriedade e o documento de concordância do proprietário, comunicando ao juiz qualquer dúvida ou desconfiança sobre os bens ou a documentação.

Após a oitiva do representante do Ministério Público, o juiz decidiria sobre a garantia, que não implicaria em rescisão de pronto da concordata, podendo ser apresentada nova garantia caso a primeira fosse rejeitada.

A efetivação da garantia, ainda depois de ultrapassado o prazo, em nada a prejudicaria. Se houver retardamento na sua efetivação sem culpa do devedor, poderá o juiz conceder um prazo de tolerância para a regularização da garantia e, findo este, se ainda não tiver sido efetivada, poderá, se houver culpa do devedor, decretar a falência. Se a culpa for do comissário, deverá destituí-lo (art. 171). (VALVERDE, 1948, p. 328).

Após a publicação do quadro de credores, o comissário teria cinco dias para apresentar relatório circunstanciado e acompanhado de laudo pericial sobre a situação econômica do devedor, bem como as razões que o levou a tal estado; se o ativo correspondia a mais de cinquenta por cento do passivo quirografário; se foi apresentada garantia e de que se trata tal garantia; e se o devedor tinha possibilidades de cumprir a concordata proposta. O relatório deveria conter, também, o procedimento do devedor antes e depois da concordata, se houve condutas que implicavam em crime falimentar devidamente tipificado e quais os responsáveis pelas condutas. Pois, como já exposto, a existência de crime falimentar impedia o prosseguimento da concordata preventiva, já que este era um dos impedimentos trazidos no artigo 140 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

O relatório do comissário era peça de fundamental importância no processo de concordata preventiva, pois deveria servir de base para os credores a ela submetidos e para o juiz examinar a regularidade do pedido de concordata, bem como a capacidade de pagamento do devedor. Trajano de Miranda Valverde (1948) explica que o relatório deveria ser o mais detalhado possível, trazendo um resumo dos principais fatos ocorridos no processo de concordata até aquele momento e os pedidos de restituição até então existentes. Acrescenta o referido autor que o comissário deveria listar, também, os bens vinculados ao pagamento dos credores preferenciais e os sócios solidários e suas dívidas, para que nada comprometesse o cumprimento da concordata proposta. Poderia o comissário posicionar-se sobre a concessão ou não da concordata, fundamentando sua posição. Caso entendesse não ser recomendada a concordata, o juiz deveria ouvir o devedor e decidir sobre a decretação da falência.

A remuneração do comissário era fixada pelo juiz. Deveria ser calculada sobre o valor do pagamento prometido aos credores que eram abrangidos pela concordata e o valor não deveria ultrapassar um terço do percentual devido ao síndico. O artigo 67 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, estipulava percentuais de dois a seis por cento para a

remuneração do síndico, dependendo dos valores envolvidos na falência. Assim, a remuneração do comissário não poderia ultrapassar a terça parte de tais percentuais e seria calculada sobre o montante abrangido pela concordata.

O comissário que fosse nomeado em desconformidade com as disposições legais não teria direito à remuneração, assim como também não a teria aquele que renunciasse ou fosse destituído. A forma de combater a decisão que fixava a remuneração do comissário era o agravo de instrumento, que poderia ser interposto apenas pelo próprio comissário ou pelo concordatário. Já que o valor da remuneração não influenciava no pagamento dos credores, estes não tinham legitimidade para questionar o valor. Se a concordata preventiva fosse convertida em falência, o comissário deveria ser nomeado síndico e não tinha direito a acumular a remuneração de comissário e síndico. Sendo nomeado síndico, deixava de receber como comissário e passava a lhe ser devida a remuneração do síndico, já que mais vantajosa para o mesmo.

As causas de substituição ou destituição do comissário eram as mesmas previstas para os síndicos. O artigo 65 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, trazia como causas de substituição a ausência de assinatura do termo de compromisso dentro das vinte e quatro horas previstas em lei; se o comissário não aceitasse o encargo que lhe era imposto; em casos de renúncia, falecimento, interdição, falência ou concordata do comissário. A destituição era prevista no artigo 66 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, e poderia ser pedida pelo representante do Ministério Público ou por qualquer credor. A destituição poderia ser feita também de ofício, o que, na prática, permitia que fosse provocada por qualquer pessoa, inclusive o concordatário. As causas da destituição era o não cumprimento dos prazos legais ou descumprimento de qualquer outro dever que era imposto ao comissário; bem como a existência de interesses conflitantes entre o comissário e o concordatário. No caso de destituição, o comissário deveria ter direito de defesa e o representante do Ministério Público deveria ser ouvido.

O Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, não trazia qualquer disposição sobre a responsabilidade penal do comissário. Isso não significava que ele não poderia ser responsabilizado criminalmente. A responsabilidade criminal do comissário deveria ser apurada nos termos das leis criminais então vigentes, podendo configurar, até mesmo, crimes contra a administração da justiça, já que o comissário era um auxiliar do juízo da concordata (VALVERDE, 1948).

O comissário poderia impugnar qualquer crédito apresentado na lista do concordatário, desde que o fizesse dentro de vinte dias da publicação da lista no órgão oficial. Neste mesmo

prazo, também poderiam apresentar impugnação aos créditos o representante do Ministério Público, os credores e os sócios da sociedade concordatária. A impugnação deveria ser autuada em separado e o titular do crédito impugnado teria direito de defender-se. Da sentença que julgasse a impugnação caberia apelação para o tribunal competente.

O comissário tinha, ainda, o dever de verificar os créditos apresentados pelos credores que não foram expostos pelo concordatário, emitindo parecer sobre a regularidade ou não do crédito. A aceitação ou não do crédito era decidida em sentença pelo juiz da concordata.

O quadro-geral de credores deveria ser feito pelo comissário e homologado pelo juiz e teria como base a lista de credores apresentados pelo concordatário e as sentenças proferidas nas impugnações e declarações de créditos. Os créditos impugnados que fossem excluídos por sentença não constariam no quadro; já os declarados e aceitos pelo juiz deveriam ser também listados juntamente com todos os créditos que não foram impugnados.

3.5. Efeitos da concordata para o devedor

O devedor que tivesse a concordata preventiva concedida, não podia ter sua falência decretada em virtude de débitos anteriores à concessão da concordata. Pois todos ficariam submetidos a seus efeitos. A falência só poderia ser decretada nos casos de rescisão da concordata ou pedido de falência baseado em crédito posterior à concessão da concordata. Como expôs Miranda Valverde (1948, p. 244) sobre a abrangência do juízo da concordata: *“O juízo da concordata não tem, certamente, a amplitude do juízo da falência. Mas é o único competente para conhecer de toda e qualquer reclamação referente à concordata e ainda para decretar a falência requerida por credores posteriores à concordata”*.

Como já exposto, na concordata o concordatário permanecia na administração de seus bens, sob a fiscalização do comissário. Não era considerado incapaz, nem mesmo relativamente. Não tinha que pedir qualquer autorização ou anuência do comissário para realizar os negócios. O papel do comissário era fiscalizar e levar ao juiz qualquer ato prejudicial ao pagamento dos credores e, em decorrência, ao cumprimento da concordata. O juiz não estava vinculado à opinião do comissário, deveria ouvi-lo e decidir sobre a atitude do concordatário.

Porém, o concordatário não tinha total liberdade sobre seu patrimônio, principalmente no que diz respeito à alienação do mesmo. Até o cumprimento da concordata, o concordatário

necessitaria de autorização judicial para alienar ou onerar qualquer bem. O juiz só decidiria após a oitiva do representante do Ministério Público e do comissário. Para a venda do estabelecimento, a autorização judicial só poderia ser concedida se houvesse o consentimento expresso de todos os credores sujeitos à concordata. Trajano de Miranda Valverde (1948) entendia que a exigência de anuência de todos os credores era abusiva. Se a venda implicasse em pagamento de todos os credores quirografários, o juiz poderia autorizá-la. Sugere o referido autor que a alienação do estabelecimento deveria ser feita mediante condição suspensiva de o adquirente pagar antecipadamente todos os credores quirografários. Assim, a venda do estabelecimento só se aperfeiçoaria após a sentença que julgasse cumprida a concordata. Qualquer venda ou oneração sem autorização judicial seria declarada ineficaz perante a massa concordatária, caso a concordata não fosse cumprida.

Se devidamente cumprida a concordata, a venda ou oneração teria validade plena. Portanto, zelando pelo pagamento da proposta de concordata, o juiz poderia autorizar a venda dos ativos, inclusive do estabelecimento do concordatário. Neste último caso, deveria o magistrado tomar a cautela de subordinar a concretização da transferência do estabelecimento ao cumprimento da concordata, por meio de condição suspensiva do negócio. Assim, evitava prejuízos tanto para os credores e concordatário, quanto para o adquirente, que poderia ver-se privado do bem comprado, tendo que submeter o valor que pagou aos efeitos da concordata ou de eventual falência.

Se não falir a concordatária, nenhuma consequência advirá da inobservância das formalidades requeridas em lei; se falir, contudo, o contratante será prejudicado: o credor será tratado como quirografário, em vista da ineficácia da garantia real, e o adquirente, como credor, perdendo em favor da massa o imóvel ou estabelecimento objeto do contrato ineficaz. (COELHO, 2002, p. 362).

Os contratos bilaterais⁷⁰ em que o concordatário figurava como parte não eram resolvidos e deveriam continuar sendo cumpridos normalmente por todos os envolvidos sem qualquer alteração imposta pela concordata. A rescisão do contrato só se daria se o concordatário o deixasse de cumprir, quando, então, deveria arcar com todas as multas e penalidades previstas no contrato. Quando rescindidos, os créditos advindos de tais contratos deveriam ser declarados na concordata preventiva. Se o próprio contrato trouxesse a previsão de rescisão em caso de concordata de qualquer das partes, poderia ser pedido o término do

⁷⁰ “*Contratos bilaterais, ou com prestações recíprocas, são os que no momento de sua feitura, atribuem obrigações a ambas as partes, ou para todas as partes intervenientes*”. (VENOSA, 2005, p. 424).

contrato, não em virtude de efeitos legais da concordata, mas, sim, em virtude da vontade das partes expressa pelo contrato.

Não se discute mais a validade do pacto resolutório nos contratos de trato sucessivo, em caso de concordata preventiva. É comum, hoje em dia, inserir-se nos contratos de fornecimento, de concessão de venda com exclusividade, de construção, de locação de imóvel etc., a cláusula segundo a qual, em caso de superveniência de concordata do comprador, do proprietário da obra ou do locador de serviços, a outra parte tenha o direito de rescindi-los, pelo fato da superveniência da concordata. Outras vezes a cláusula declara rescindido o contrato, pura e simplesmente, com a impetração da concordata preventiva. Nestes casos, não há de se falar em indenização por perdas e danos, pois não configura hipótese de inadimplência do contrato, mas de um direito de rescisão previamente pactuado. (REQUIÃO, 1995, p. 95-96).

Em relação aos contratos de contas correntes, consideravam-se encerradas na data do despacho que acolhesse a concordata e só poderiam ser movimentadas com autorização judicial, o que só seria concedido se provado que era benéfica e necessária para o concordatário. Mesmo que o juiz concedesse a continuidade da conta corrente, o saldo da mesma deveria ser apurado e listado juntamente com o pedido de concordata. Assim, se o concordatário tinha saldo devedor na conta corrente e este saldo não possuísse alguma forma de garantia, só poderia ser pago através da proposta de concordata, pois se tratava de crédito quirografário para o outro contratante.

Na concordata preventiva também era possível o pedido de restituição previsto para a falência (artigo 76 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945). A pessoa que tivesse coisa sua em poder do concordatário poderia pedir a restituição da mesma. Também poderiam pedir a restituição aqueles que realizaram a venda a crédito de coisas entregues nos quinze dias anteriores ao pedido de concordata, se estas ainda estivessem em poder do concordatário. Se decretada a falência do concordatário, o pedido de restituição continuaria a ser processado, posto que a previsão da restituição era a mesma, tanto para a concordata preventiva, quanto para a falência. Acaso a coisa já tivesse sido alienada pelo concordatário, só caberia ao vendedor submeter-se aos preceitos da concordata, se possuidor de crédito quirografário.

Os concordatários ainda teriam que permitir que os credores examinassem todos os seus livros fiscais, bem como a documentação que deu origem a tais livros. Os prazos e a forma do exame seriam estabelecidos judicialmente. A negativa do concordatário em fornecer os livros e documentos poderia dar ensejo ao seqüestro judicial dos mesmos, para que fossem examinados em juízo, já que a verificação era direito dos credores, que poderiam fazê-la por si ou por seus contadores.

O prazo para ser cumprida a concordata iniciava-se desde o ajuizamento do pedido. O devedor deveria fazer os depósitos devidos no dia anterior ao do vencimento proposto na concordata, caso este vencimento acontecesse antes da sentença que concedesse a concordata. Se a proposta de pagamento fosse à vista, o depósito teria que ser feito dentro de trinta dias do ajuizamento do pedido da concordata.

O valor a ser depositado era baseado na lista de credores apresentada pelo próprio devedor juntamente com o pedido de concordata e nos créditos admitidos por sentença. No caso destes últimos, era obrigatório o depósito, mesmo que a sentença não tivesse transitado em julgado. As impugnações aos créditos apresentados na lista de credores não retiravam a obrigação do devedor de fazer o depósito. Somente após o deferimento da impugnação e retirada definitiva do crédito do rol da concordata, acabava a obrigação do devedor de depositar o valor referente a ele. Enquanto tivesse sendo discutido o crédito por meio da impugnação, o valor correspondente ao mesmo deveria ser depositado. O depósito deveria ser feito em instituição financeira legalmente habilitada para recebê-lo. Caso fosse deferida a exclusão de créditos listados, as parcelas referentes a tais créditos que já tivessem sido depositadas eram devolvidas ao concordatário.

Se o depósito não fosse realizado na data indicada pela lei, o concordatário ainda poderia fazê-lo, desde que computados juros de até doze por cento ao ano e se sua falência não tivesse sido decretada. Originalmente, a ausência do depósito no prazo fixado implicava em decretação da falência. Essa possibilidade de pagamento após o vencimento só teve início com a promulgação da Lei Federal nº 7.274, de 10 de dezembro de 1984, que deu nova redação para o artigo 175 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, e acrescentou a este mais nove parágrafos. Até a publicação de tal lei, a falta de pagamento na data estabelecida era barreira intransponível para a continuação da concordata, devendo a falência ser decretada. Com o advento de referida lei, passou a ser permitido ao concordatário que fizesse o depósito dos valores que estavam atrasados juntamente com os juros e correções devidas, desde que a falência não tivesse sido ainda decretada.

Pode, entretanto, dar-se o convalhecimento da concordata ou porque o concordatário possa ilidi-lo, se o fundamento for o do n. I do art. 150, efetuando o pagamento ou cumprindo a obrigação, ou porque possa evitar a rescisão, nos casos dos ns. II a IV do art. 150, depositando em Juízo todas as prestações vencidas e vincendas e cumprindo as outras obrigações assumidas. (LACERDA, 1999, p. 260).

Os credores particulares dos sócios da sociedade em concordata preventiva não eram afetados pela concordata, exceto se a concordata fosse pedida também em favor destes.

Após o pagamento dos credores e cumpridas todas as obrigações da concordata, o concordatário poderia requerer que a concordata fosse julgada cumprida. Era dever do concordatário juntar todos os comprovantes de pagamento a fim de instruir o seu pedido de julgamento da concordata.

Recebido o pedido, o juiz ordenaria a publicação de edital, no órgão oficial e em outro jornal de grande circulação, devendo fixar aos interessados o prazo de dez dias para se oporem, alegando o descumprimento de qualquer obrigação. Acaso fosse formulada reclamação de não cumprimento por parte de qualquer interessado, o juiz deveria ouvir o concordatário e o representante do Ministério Público e, só depois, decidir sobre o cumprimento ou não da concordata. A matéria que poderia ser alegada na reclamação era bem reduzida. O interessado poderia alegar apenas o descumprimento da concordata ou de qualquer obrigação a ela vinculada. Poderia alegar, também, o privilégio de qualquer credor em detrimento dos demais, como, por exemplo, que apesar de cumprir a concordata, o concordatário pagou a mais a alguns credores, não fazendo o mesmo com os demais. O devedor deveria, no prazo fixado pelo juiz, apresentar sua defesa, devendo comprovar todos os pagamentos que foram feitos. Acaso não conseguisse comprovar qualquer pagamento, poderia depositar o valor em juízo a fim de evitar o julgamento pelo não cumprimento. Como em outras situações semelhantes no Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, não só o concordatário, mas qualquer interessado, tais como o fiador ou o terceiro que deu bem em garantia, poderia apresentar defesa ou realizar o depósito a fim de cumprir a concordata combatida. Caso achasse necessário, o juiz poderia nomear perito para auxiliá-lo a examinar as provas sobre o cumprimento ou não da concordata (VALVERDE, 1948).

A sentença que declarasse o cumprimento da concordata deveria declarar extintas todas as responsabilidades do concordatário em relação à concordata e seria publicada por edital no órgão oficial. Após tal sentença, o devedor via-se livre de qualquer dívida abrangida pela concordata. Vale aqui destacar a posição de César Fiuza (2004) sobre a dívida restante da concordata. O autor considera que a dívida restante da concordata é espécie de obrigação natural atípica. Tal posicionamento já era defendido por Trajano de Miranda Valverde (1948, p. 274) na primeira metade do século passado:

Na concordata remissória, ainda que julgadas extintas as obrigações do concordatário, permanecendo, pelo saldo, uma obrigação natural, para o efeito somente de não poder o devedor-concordatário repetir o que pagou além de percentagem prometida, depois, é claro, de ser a concordata julgada cumprida.

Caio Mário da Silva (2003, p. 210-211) assim define a obrigação natural:

Na obrigação natural, ao contrário da *civilis*, o credor não tem direito a exigir e o devedor não está adstrito a prestar; mas, se este efetuar o pagamento, não faz qualquer liberalidade, porém verdadeiro pagamento, que para o *accipiens* gera o direito de reter a prestação recebida, que se torna irrepetível. [...]

Eis aí, por conseguinte, o único efeito que a nossa legislação atribui à obrigação natural: a *soluti retentio*, que tolhe a restituição do que se pagou para cumpri-la.

Ensina Arnaldo Rizzardo (2004, p. 61) que a obrigação natural já era conhecida pelo direito romano e tinha como característica básica a ausência de ação para exigí-la. Se fosse paga não poderia ser recobrada, mas lhe faltava a exigibilidade judicial:

No direito romano é que foi sistematizada a distinção, embora não claramente, aparecendo o que se denominava *obligatio tantum naturalis*, ou a obrigação só natural. Impunha-se esta espécie perante as gentes, formando o *jus gentium*, o direito das gentes, ou dos *peregrini*, daqueles que vinham de fora, das terras conquistadas. Tal direito era aceito pelo direito civil, mas que dele se distinguiu. Ocupava uma posição própria, tanto que as pessoas de fora, ou que não eram cidadãs romanas, e até os filhos e os escravos, não podiam assumir obrigações civis, mas unicamente as naturais, com o que se restringia o próprio direito do credor, que não tinha proteção de todas as ações para reivindicar os seus direitos. Mas, uma vez paga uma pessoa em decorrência de uma obrigação natural, podia ela reter o valor recebido, através do oferecimento da exceção de que não agira com dolo.

Assim, após a sentença de declaração de cumprimento da concordata, o devedor concordatário não mais estaria obrigado ao pagamento da dívida restante. Porém, se efetuasse tal pagamento, este seria tido como válido, não podendo o concordatário recobrar o que pagou além da proposta de concordata. Por isso tinha-se à dívida após o cumprimento da concordata tal qual a obrigação natural.

A sentença que decidia pelo cumprimento da concordata ainda tinha o efeito de liberar as garantias apresentadas. A fiança ficava de pronto extinta. Quando necessário, a sentença deveria ser levada a registro para pôr fim a eventuais ônus impostos sobre imóveis.

3.6. Efeitos da concordata para os credores

Pelo Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, a concordata não dependia da anuência dos credores, mas estes, desde que quirografários, tinham seus créditos submetidos à

concordata. A concessão da concordata afetava a todos os credores quirografários, independentemente da natureza do crédito e da participação do credor no procedimento da concordata.

A compensação de créditos e débitos recíprocos era obrigatória, devendo o crédito compensado ser submetido à concordata pelo restante da compensação. Porém, não poderiam ser compensados os créditos que fossem cedidos após o despacho que determinasse o processamento da concordata. Se o estado de dificuldade econômica já era conhecido antes do pedido de concordata, o juiz poderia desconsiderar as transferências de créditos, mesmo que anteriores à concordata. Na tentativa de impedir o benefício de uns credores em detrimento de outros, o Decreto-Lei também não permitia a compensação de crédito oriundo de título ao portador. A única transferência de crédito permitida era a transmissão *mortis causa*. Nestes casos, a compensação não era proibida.

O início dos efeitos da concordata dava-se com o trânsito em julgado da sentença que a concedesse. Em relação aos credores com garantia real ou crédito privilegiado, estes não se submetiam aos efeitos da concordata, porém, se a execução da garantida não fosse suficiente para o pagamento total do crédito, o restante seria considerado crédito quirografário e deveria se submeter aos efeitos da concordata. O credor poderia, também, abrir mão de seu privilégio e declarar a totalidade de seu crédito na concordata. Neste caso, concorreria em igualdade de condições com os outros credores quirografários.

Os efeitos eram limitados em relação aos credores que residiam fora do Brasil. Se tais credores viessem exigir os créditos no território nacional, eles ficariam plenamente submetidos aos efeitos da concordata, mas se as cobranças fossem nos países de origem dos credores, os efeitos da concordata dependiam das disposições da legislação estrangeira. O mesmo raciocínio era aplicado para a concordata concedida em outro país, o que foi bem lembrado por Trajano de Miranda Valverde (1948, p. 243):

Como em outras legislações⁷¹, declara a nossa que os efeitos da concordata se estendem aos credores residentes fora do país. A aplicação do preceito é absoluta quando o credor residente no estrangeiro vem no território nacional exigir o seu pagamento. Fora do Brasil, porém, os efeitos extraterritoriais da concordata dependem do cumprimento das formalidades prescritas pela legislação do país em que se pretende o reconhecimento da concordata. Em regra, é por meio do *exequatur* que se consegue esse objetivo. Assim, as concordatas formadas no estrangeiro dependem, para sua eficácia, de homologação pelo Supremo Tribunal Federal.

⁷¹ O autor se refere, em nota de rodapé, ao art. 516 do Código Comercial francês, ao art. 840 do Código italiano e ao art. 518 do Código belga.

A concessão da concordata acarretava o vencimento antecipado de todos os créditos que estavam sob seus efeitos. A redação original do artigo 163 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, ainda proibia a incidência de juros após a concessão da concordata. Com a promulgação da Lei Federal nº 4.983, de 18 de maio de 1966, passou a incidir juros de doze por cento ao ano sobre os créditos legalmente habilitados na concordata preventiva. A Lei Federal nº 8.131, de 24 de dezembro de 1990, deixou a fixação de juros a critério do juiz, que podia fixar juros de até doze por cento ao ano, computados a partir do ajuizamento do pedido de concordata, sobre os créditos até então vencidos. Em relação aos créditos ainda não vencidos, após a Lei Federal nº 8.131, de 24 de dezembro de 1990, o devedor poderia optar por pagá-los no prazo e nas condições previamente estabelecidas, não ficando estes submetidos à concordata. A opção deveria ser manifestada no pedido de concordata. Acaso o devedor optasse pelo pagamento no momento do vencimento, os acessórios dos créditos continuavam a onerá-los até o efetivo pagamento.

No pedido de concordata preventiva, o devedor poderia propor a incidência de juros, porém deveriam ser iguais para todos os créditos abrangidos pela concordata e se fossem menor que doze por cento ao ano, o juiz poderia aumentá-los até este percentual.

Os créditos submetidos à condição suspensiva não venciam antecipadamente, pois tais créditos não venciam nem em função da falência (artigo 25, § 2º do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945). Assim, somente com a implementação da condição, os credores poderiam exigir tais créditos no processo de concordata, como elucida Trajano de Miranda Valverde (1948, p. 307): “*Assiste aos seus titulares [dos créditos sob condição suspensiva] o direito particular do processo de concordata, em todos os seus termos, mas não podem pretender o recebimento da percentagem antes de verificada a condição*”.

Os créditos fiscais não eram atingidos pela concordata e continuavam regidos pela legislação tributária aplicável.

Em relação à prescrição e decadência, não era o simples despacho concessivo da concordata que interrompia esta ou suspendia aquela. Isto só se dava com a declaração do crédito em juízo:

Não havendo nenhuma disposição especial sobre a prescrição, a interrupção do seu curso segue a regra de direito comum. A interrupção só se dará quando o credor apresentar em juízo a declaração do seu crédito. O despacho que manda processar a concordata não interrompe também os prazos de decadência ou caducidade e os de preempção.

Com o trânsito em julgado da sentença concessiva da concordata, recomeça a correr a prescrição. (VALVERDE, 1948, p. 309).

Se o concordatário se negasse a pagar ao credor que não se habilitou na concordata, este poderia reclamar judicialmente seu crédito, até o limite proposto na concordata. No caso da exclusão de crédito declarado pelo concordatário em virtude de impugnação, o titular do crédito poderia exigir o pagamento, porém este só seria devido após o cumprimento da concordata. O devedor ficaria impedido de pagar ao excluído antes de cumprir toda a concordata, já que poderia causar a rescisão da mesma por ter privilegiado um credor em detrimento dos demais.

A concordata não era considerada espécie de novação, ou seja, a obrigação anterior não desaparecia para surgir a obrigação imposta pela concordata. A obrigação original permaneceria, porém deveria ser cumprida na forma estabelecida na concordata. Após a concessão da concordata, o concordatário poderia novar a dívida com credores. Porém, como se tratava de nova dívida e, portanto, posterior à concordata, não estaria sujeita aos efeitos da concordata, poderia seu titular requerer a falência por dívida posterior à concordada, mas não poderia pedir a rescisão da concordata, já que não estava mais sujeito aos efeitos desta.

Também não desaparecia a responsabilidade de coobrigados, fiadores ou responsáveis por via de regresso. O credor permanecia com as garantias de fiadores e podia responsabilizar outros responsáveis e co-devedores, caso estes existissem. Continuava a incidência de juros para os coobrigados do concordatário e a dívida poderia lhes ser cobradas por inteiro. Assim, se o credor recebesse apenas parcialmente seu crédito através do cumprimento da concordata, poderia cobrar o restante dos outros coobrigados e estes se sub-rogariam dos direitos do credor contra o devedor. Já se o credor cobrasse direto do coobrigado e este pagasse o total da dívida, só poderia receber mediante a proposta apresentada na concordata (ALMEIDA, 2002).

Se a falência vier a ser decretada antes do cumprimento total da concordata, os créditos envolvidos na concordata serão admitidos na falência pelo valor total, abatidas as importâncias eventualmente recebidas na concordata. Não havia necessidade de nova declaração de crédito, verificava-se o valor do crédito admitido na concordata e abatiam-se os valores que foram pagos pelo concordatário, o restante participava da falência. Se acontecesse o pagamento desigual aos credores, os que receberam a mais seriam obrigados a devolver os valores em excesso à massa falida, se esta, por meio do síndico, não optasse pela complementação do que era devido aos credores que receberam percentual menor. Mesmo que se tratasse de pagamento antecipado para alguns credores, o síndico poderia optar por igualar para os demais o percentual pago. Caso não tivesse a massa falida condições de igualar os pagamentos ou não fosse essa a opção do síndico, se os credores que receberam a

mais não devolvessem o excedente do pagamento, só restava ao síndico cobrar judicialmente os valores pagos a mais.

A ação para compelir os credores à restituição de quanto a mais receberam observará o processo ordinário, salvo se o síndico dispuser de documento, que, por sua liquidez, permita o emprego de ação executiva.

Se se tratar de pagamento antecipado, feito a uns credores com prejuízo de outros, caberá a ação revocatória, por constituir um ato de fraude.

Mas, ainda neste caso, se for possível igualar todos os credores, a ação revocatória perderá sua finalidade – a restituição das partes ao estado anterior ao ato fraudulento. (VALVERDE, 1948, p. 264).

Os credores posteriores à concessão da concordata tinham o direito de pagar aos anteriores o percentual definido na proposta de concordata para excluí-los do processo de falência. Ou seja, os credores posteriores poderiam cumprir a concordata para o concordatário, sem que os credores anteriores pudessem se opor a tal fato. A forma de pagamento deveria ser o depósito dos valores devidos no juízo da concordata. Se pagassem aos antigos credores, estes eram afastados do processo de falência, que continuaria apenas com os credores posteriores à concessão. O pagamento não dava direito à sub-rogação do crédito quitado, mas somente direito ao valor deste para ser habilitado na falência. Assim, o credor posterior que pagava ao anterior excluía este da falência e tinha direito de habilitar, também, o crédito pago, sem sub-rogação. A ausência da sub-rogação significava que os acessórios e garantias do crédito pago não eram transferidos para aqueles que pagaram. Os fiadores ou bens de terceiros que garantiam a concordata eram liberados, não garantindo o pagamento dos credores pós-concordata.

Qualquer credor posterior tinha direito de quitar as dívidas do concordatário com os credores sob o efeito da concordata. Se todos quisessem poderiam fazê-lo conjuntamente. Se qualquer credor posterior não quisesse pagar, não podia ser compelido a tal. Os demais pagavam e tinham direito de habilitar a parte paga na falência (VALVERDE, 1948). O pagamento feito por credores posteriores não lhes dava nenhuma garantia de recebimento do valor pago e, como já dito, até mesmo as garantias eram liberadas. Assim, a única vantagem que poderia advir aos que pagavam era afastar outras pessoas do processo de falência a fim de evitar complicações ao desenvolvimento do processo falimentar. Porém, o risco de não receber o que pagou era muito alto, pois, se a massa falida não tivesse recurso, além do credor não receber o que lhe era devido, ainda corria o risco de aumentar seu prejuízo, deixando de receber também o que desembolsou.

Se o concordatário tivesse apresentado garantias, estas não seriam liberadas pela decretação da falência. As garantias só poderiam ser utilizadas para pagamento dos credores envolvidos na concordata. No caso da garantia fidejussória, ficava a cargo do síndico ajuizar a ação contra o fiador. Este era garantidor do valor total por ele afiançado, assim, os credores não poderiam cobrar individualmente do fiador as suas partes na concordata. Era o síndico que se responsabilizava por cobrar do fiador e ratear o produto da cobrança entre os credores participantes da concordata. O mesmo procedimento se dava quando se tratava de garantia dada por bens de terceiros: somente o síndico poderia cobrar do garantidor.

3.7. Rescisão da concordata

As causas de rescisão da concordata eram expostas pelo artigo 150 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Uma vez rescindida a concordata preventiva, a falência teria que ser obrigatoriamente decretada pelo juiz. A rescisão dar-se-ia pelo não pagamento das prestações propostas na época devida ou inadimplemento de qualquer outra obrigação assumida pelo concordatário. Porém, quando o concordatário fosse intimado do pedido de rescisão da concordata, tinha a possibilidade de depositar o valor corrigido do débito ou de cumprir a obrigação até então não cumprida. Tais fatos afastavam a rescisão da concordata.

Outras situações também poderiam dar ensejo à rescisão. O pagamento antecipado a uns dos credores em detrimento dos demais; neste caso, não bastava a antecipação de pagamento a uns, os demais teriam que provar que o pagamento do que era devido a estes ficou prejudicado para que a rescisão fosse deferida. O abandono do estabelecimento por parte do concordatário, sem que este tivesse justificativa para tal, seria motivo para rescindir a concordata, pois era uma presunção de que a concordata não seria cumprida; assim a rescisão visava minimizar o prejuízo dos credores. A venda de ativo a preço vil, ou seja, bem a baixo do valor de mercado e a ponto de prejudicar o cumprimento da concordata, poderia ser alegada pelos interessados, como fundamento da rescisão.

O ativo se constitui na verdadeira garantia dos credores, por isso que a lei estabelece, como uma das condições para o pedido de concordata, a existência de um ativo cinquenta por cento superior ao passivo. A dilapidação desse ativo põe em perigo o cumprimento da concordata, envolvendo séria ameaça aos credores. (ALMEIDA, 2002, p. 429).

A negligência na continuidade do negócio do concordatário era outra causa de rescisão que buscava evitar maiores prejuízos aos credores. A incontinência de vida ou despesas evidentemente supérfluas ou desordenadas por parte do concordatário também poderia ser alegada como motivo da rescisão. Todas as condutas até então expostas apontavam para a possibilidade de não cumprimento da concordata por parte do concordatário, o que viria trazer prejuízo para os credores. Tratavam de má administração do concordatário e despreocupação com o patrimônio que garantiria o cumprimento da concordata. Porém, em tais casos, que eram listados nos incisos II a VI do artigo 150 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, a rescisão da concordata poderia ser evitada pelo pagamento total da proposta de concordata, ou seja, pagamento das prestações vencidas e vincendas e cumprimento das outras obrigações, acaso existentes. Como a intenção era assegurar o cumprimento da concordata, se essa fosse cumprida de imediato, não poderia ser rescindida, pois os credores receberiam os percentuais mínimos previstos no Decreto-Lei e oferecidos pelo concordatário.

O pagamento deveria ser feito mediante depósito judicial. As prestações vencidas deveriam ser depositadas com todos os acréscimos e as vincendas com base no valor nominal. O depósito era feito no mesmo juízo da concordata e não era necessário novo processo. Deveria ser realizado nos mesmos autos da concordata. O depósito poderia ser feito pelo concordatário ou por qualquer interessado, principalmente o fiador da concordata, pois, no descumprimento desta, arcaria com as parcelas garantidas e o proprietário de bens dados em garantia, que no descumprimento perderia seus bens.

A outra hipótese de rescisão era a condenação por crime falimentar do concordatário ou diretores, administradores, gerentes ou liquidantes da sociedade em concordata. A substituição de diretores, administradores, gerentes ou liquidantes não afastava a rescisão da concordata. Havendo a condenação, a concordata deveria ser rescindida, mesmo que o dirigente já tivesse sido afastado. Não era a simples condenação criminal capaz de causar a rescisão da concordata. Teria que ser a condenação por crime de natureza falimentar. Como tais crimes pressupõem a decretação da falência, esta forma de rescisão só poderia ser aplicada à concordata suspensiva, na qual a falência já havia sido decretada. Na concordata preventiva, como a decretação da falência ficava impedida até a conclusão ou rescisão da concordata, não era possível haver o crime falimentar. Assim leciona Amador Paes de Almeida (2002, p. 429): “A hipótese só se aplica à concordata suspensiva, mesmo porque, para que haja crime falimentar é preciso que haja falência”. Apesar de ser intimado para defender-se em vinte e quatro horas, o concordatário teria que provar que a condenação não existiu. Não havia outra forma de defender-se, pois a condenação implicava em rescisão da

concordata suspensiva até mesmo de ofício. Neste caso, o depósito antecipado dos valores devidos na concordata não impedia a rescisão da mesma, pois o motivo de tal rescisão era o crime falimentar e não o descumprimento da obrigação assumida com a concordata.

Na existência de sócios solidários, a rescisão da concordata da sociedade implicaria, também, na rescisão da concordata do sócio. Aplicava-se a mesma regra no caso contrário, ou seja, a rescisão da concordata do sócio solidário importava em rescisão da concordata da sociedade. Para evitar rescisão da concordata em tais casos, o concordatário poderia depositar em juízo o valor das prestações vencidas e vincendas, além de cumprir as outras obrigações, ou seja, adiantaria o cumprimento da concordata para evitar a rescisão, como previsto nos incisos II a VI do artigo 150 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Neste caso, todos os concordatários envolvidos deveriam ser intimados para apresentar defesa, pois qualquer deles poderia fazer o depósito e impedir que a concordata fosse rescindida, já que todos seriam afetados pela rescisão.

Trajano de Miranda Valverde (1948, p. 253) apresenta o seguinte questionamento: *“Pode equiparar-se ao inadimplemento da obrigação, que estabeleceu a fiança, a não substituição do fiador, no caso da insolvência ou falência dele, ou incapacidade posterior?”* Ou seja, o autor discute se é possível a rescisão da concordata se o concordatário, pelos motivos apresentados, perder a garantia do fiador. Ele mesmo responde que sim. Pois a perda da garantia implicaria em desacobertar o pagamento dos créditos habilitados. Ressalta o referido autor que o juiz deveria conceder a oportunidade do concordatário apresentar outra garantia. Se tal não fosse feito, a rescisão seria consequência. Se o fiador tivesse sua falência decretada, os credores da concordata garantida poderiam habilitar seus créditos devidos na falência.

A titularidade para requerer a rescisão da concordata era de qualquer credor que estivesse sobre os efeitos da mesma. No caso da cessão de créditos submetidos à concordata ou do pagamento por terceiros interessados com direito à sub-rogação, os cessionários e os terceiros que se sub-rogavam do crédito também poderiam pedir a rescisão da concordata, posto que os créditos lhes eram transmitidos com todos os acessórios. Como já exposto no item anterior, se os credores aceitassem celebrar a novação de seus créditos após a concessão da concordata, nascia nova obrigação entre credor e concordatário. Assim, estes credores não mais poderiam requerer a rescisão da concordata; só poderiam pedir a falência por descumprimento de dívida posterior à concordata. Porém, nos casos em que a concordata pudesse ser rescindida de ofício, qualquer pessoa poderia provocar a rescisão, inclusive o comissário e o representante do Ministério Público.

O concordatário também podia pedir a rescisão da concordata que lhe foi concedida, como bem observa o Trajano de Miranda Valverde (1948, p. 258):

Também o concordatário pode pedir a rescisão da concordata. Há, neste pedido, a confissão da impossibilidade de cumprir a concordata e que equivale à confissão da falência. Se houver fiador à concordata, deverá o juiz mandar ouvi-lo, em prazo breve. Isto porque pode o fiador querer satisfazer os compromissos assumidos na concordata, depositando em juízo a importância das prestações em atraso, ou todas as prestações futuras.

Ressalta, ainda, o respeitado autor que o fiador não poderia, após cumprir a concordata em nome do concordatário, requerer rescisão da mesma. Neste caso, restava ao fiador ajuizar ação de cobrança em face do concordatário para reaver o que lhe era devido ou habilitar seu crédito na falência, quando esta fosse decretada. Pois, o fiador sub-rogava-se de todos os créditos que pagava.

O devedor teria o prazo de vinte e quatro horas para contestar o pedido, tudo processado nos mesmos autos da concordata. Neste mesmo prazo deveria ser feito o depósito com o objetivo de afastar a rescisão. Após, o juiz deveria proceder a instrução sumária do feito, caso necessária, e proferir a sentença em três dias. A rescisão da concordata preventiva implicava em decretação da falência. A mesma sentença que julgasse a rescisão deveria decretar a falência, devendo conter o nome do devedor; o lugar de seu principal estabelecimento; a atividade do falido; os nomes dos sócios solidários e seus domicílios; e o nome de diretores, gerentes ou liquidantes. Deveria, também, fixar o termo legal da falência, retroagindo até sessenta dias da distribuição do pedido da concordata preventiva. Caso se tratasse de crime falimentar o juiz poderia ordenar a prisão preventiva do falido ou dos representantes da sociedade e determinar as diligências necessárias ao interesse da massa.

A sentença deveria, também, nomear síndico o comissário. A nomeação só não se daria se existissem motivos suficientes para que o comissário fosse afastado do cargo. O prazo para a apresentação dos créditos e dos comprovantes dos mesmos seria fixado entre dez e vinte dias.

O resumo da sentença de rescisão da concordata preventiva e decretação da falência deveria, dentro de vinte e quatro horas, ser afixado na porta do estabelecimento do falido e remetido com aviso de recebimento pelo escrivão ao representante do Ministério Público e ao registro do comércio. O escrivão deveria providenciar, ainda, a publicação imediata da sentença no órgão oficial e o síndico, caso a massa comportasse, deveria promover a publicação em jornal de grande circulação.

A partir de então, seguir-se-ia o rito previsto para a falência.

3.8. Recursos

O artigo 207 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, trazia expressamente que o processo e os prazos de apelação e de agravo de instrumento eram regidos pelo Código de Processo Civil. Apesar de confusão na nomenclatura entre sentença, decisão interlocutória e despacho, o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, mantinha a regra processual, colocava a apelação como recurso para combater as decisões terminativas que envolviam o processo de concordata e o agravo de instrumento para recorrer de decisões interlocutórias. Algumas vezes o decreto mencionava despacho para se referir a decisões interlocutórias, o que não comprometia o rito processual, posto que já era pacífico na jurisprudência, que mesmo que denominado de despacho, se trazia conseqüência jurídica prejudicial à parte, poderia ser combatido por meio de agravo. Outras vezes, mesmo que não fosse terminativa a decisão, era denominada de sentença, porém deveria ser combatida por meio de agravo de instrumento, que é recurso próprio contra decisões interlocutórias, como era o caso do artigo 146 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

O referido artigo trazia que da sentença que concedesse ou não a concordata poderia ser interposto agravo de instrumento. A legitimidade de tal agravo era reservada ao devedor, caso negada a concordata; ou ao embargante, se esta fosse concedida. Apesar de mencionar sentença, em qualquer dos casos o processo não terminaria. A decisão que concedesse a concordata preventiva não punha fim ao processo; devia conceder a concordata e ordenar seu processamento. Já a decisão que negasse a concordata deveria decretar a falência e determinar seu prosseguimento nos mesmos autos.

A finalidade do recurso ser agravo de instrumento é para que da sentença se conta prazo para o seu cumprimento, se concedida ou para prosseguimento da falência, caso não haja sido concedido. [...]

Sendo o agravo de instrumento, como vimos acima, o processo, quer de falência ou de concordata prosseguem normalmente até a decisão final proferida no agravo de instrumento, quer seja pelo próprio juiz de primeira instância, quer pela instância superior. (LACERDA, 1999, p. 257).

O despacho que mandava processar a concordata era irrecorrível. Não previa o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, nenhum recurso para tal despacho, posto que se

tratava de despacho com conteúdo fixado pelo Decreto-Lei⁷² e que determinava o processamento da concordata, marcando o início do procedimento. A questão foi sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça em 08 de maio de 2002 com o seguinte teor: “*Súmula 264 - É irrecurável o ato judicial que apenas manda processar a concordata preventiva*”. Porém, caso fosse decretada a falência, o devedor poderia interpor agravo de instrumento, nos termos expostos no parágrafo anterior.

Quando do julgamento do cumprimento ou não de concordata os recursos eram diversos. A sentença que julgava cumprida a concordata punha fim ao processo e liberava o concordatário de suas obrigações assumidas. Tratava-se de sentença terminativa e deveria ser combatida por meio de apelação, que poderia ser interposta por qualquer interessado que tivesse reclamado contra o cumprimento. Se a decisão julgasse a concordata não cumprida, apesar de ser chamada de sentença, não punha fim ao processo, e teria que, obrigatoriamente, decretar a falência. Assim, o recurso para combatê-la era o de agravo de instrumento, a ser interposto pelo concordatário.

Da mesma maneira que o julgamento que declarava o não cumprimento da concordata, se era decretada a falência por existência de impedimentos legais, falta de condições exigidas, inexistência de documentos ou rescisão da concordata, a decisão deveria ser combatida por agravo de instrumento, interposto pelo concordatário. Se a decretação de falência fosse por falta de qualquer depósito dos valores oferecidos no pedido de concordata, o concordatário poderia interpor, também, o agravo de instrumento. Porém, neste último caso, o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, dispunha expressamente que o agravo de instrumento não

⁷² Art. 161 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945: “*Cumpridas as formalidades do artigo anterior, o escrivão fará, imediatamente, os autos conclusos ao Juiz, que, se o pedido não estiver formulado nos termos da lei, não vier devidamente instruído, ou quando estiver inequivocamente caracterizada a fraude, declarará, dentro de 24 (vinte e quatro) horas, aberta a falência, observado o disposto no parágrafo único do art. 14 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 7.274, de 10.12.1984)*”

§ 1º *Estando em termos o pedido, o juiz determinará seja processado, proferindo despacho em que:*

I - mandará expedir edital de que constem o pedido do devedor, a íntegra do despacho e a lista dos credores a que se referem os incisos V e VI do parágrafo único do art. 159 desta Lei, para que seja publicado no órgão oficial, nos termos do § 2º do art. 206, e mantido no Cartório à disposição dos interessados. (Redação dada pela Lei nº 7.274, de 10.12.1984)

II - ordenará a suspensão de ações e execuções contra o devedor, por créditos sujeitos aos efeitos da concordata;

III - marcará, observado o disposto no art. 80 desta Lei, prazo para os credores sujeitos aos efeitos da concordata que não constarem, por qualquer motivo, na lista a que se referem os incisos V e VI do parágrafo único do art. 159, apresentarem as declarações e documentos justificativos de seus créditos. (Redação dada pela Lei nº 7.274, de 10.12.1984)

IV - nomeará comissário, com observância do disposto no art. 60 e seus parágrafos;

V - marcará prazo para que o devedor torne efetiva a garantia porventura oferecida.

§ 2º *Excluem-se da disposição do nº II do parágrafo anterior as ações e execuções que não tiverem por objeto o cumprimento de obrigação líquida, cujos credores serão incluídos, se for o caso, na classe que lhes for própria, uma vez tornado líquido o seu direito”.*

poderia ser recebido no efeito suspensivo, iniciando o processo de falência mesmo antes da decisão do agravo.

Como já exposto, o juiz deveria fixar a remuneração do comissário até um terço da remuneração devida ao síndico, levando em conta o total dos créditos quirografários abrangidos pela concordata. O § 2º do artigo 170 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, trazia: “*Do despacho que arbitrar a remuneração, cabe agravo de instrumento, que poderá ser interposto pelo concordatário e pelo comissário*”. Apesar do uso da palavra despacho, tratava-se de decisão interlocutória o meio de se arbitrar a remuneração do comissário. Portanto, apesar de não se utilizar a melhor nomenclatura processual para denominar a decisão, o recurso para combatê-la foi corretamente previsto, ou seja, o agravo de instrumento. Tanto o comissário quanto o concordatário poderiam interpor o recurso desde que se sentissem prejudicados pela fixação da remuneração.

Para combater a decisão⁷³ que destituiu o comissário o recurso seria o de agravo de instrumento a ser interposto por este interessado. Caso fosse decretada a falência e o juiz nomeasse outro síndico que não fosse o comissário, este também poderia agravar, pois o Decreto-Lei determinava que o comissário seria nomeado síndico. O juiz só não deveria nomear se existisse causa para o afastamento do comissário do cargo. Se houvesse pedido de destituição do comissário e este não fosse acolhido pelo juiz, o requerente também poderia utilizar-se do agravo.

As impugnações aos créditos apresentados pelo concordatário poderiam ser feitas de acordo com o procedimento de impugnação de créditos previstos para a falência, devendo ser autuadas em separado. Assim, da sentença que julgasse os créditos, poderia ser interposta apelação pelo impugnante, tendo titularidade para apelar, também, o comissário, o concordatário ou outro credor que se sentisse lesado. Tal apelação seria recebida apenas no efeito devolutivo e deveria ser interposta dentro de quinze dias da publicação do quadro-geral de credores. As sentenças que julgavam a impugnação eram sempre terminativas. Se julgasse provida a impugnação, o crédito seria excluído da concordata. Se o julgamento fosse pelo não provimento, o crédito era mantido. Qualquer dos casos resultava no término do procedimento de impugnação.

Como já exposto no item 3.5, o concordatário precisava de autorização judicial para alienar qualquer imóvel ou constituir garantias reais, bem como para alienar o

⁷³ Note-se que mais uma vez o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945 (§ 2º do art. 66), referia-se a despacho, quando se tratava de decisão interlocutória. Apesar do erro de nomenclatura, o recurso de agravo de instrumento é o correto para combater tal decisão.

estabelecimento comercial, sob pena de tais atos tornarem-se ineficazes, se a concordata não fosse cumprida. O Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, não trazia qualquer previsão sobre recurso contra a decisão judicial que negasse ou concedesse a autorização. Trajano de Miranda Valverde (1948) entende que por se tratar de ato de administração estaria exclusivamente a critério do juiz, não sendo possível nenhum recurso para tal decisão. Tal opinião é seguida pela maioria da doutrina aqui representada pelas palavras de Rubens Requião (1995, p. 38):

Não existe recurso da decisão do juiz que autoriza a venda dos bens. A Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo julgou recurso de apelação interposto pelo Curador Fiscal de Massas Falidas, com fundamento no art. 149, sob alegação de que a concessão do alvará não condizia com o permissivo legal. Disse o Tribunal que “a apelação é na verdade, incabível, na hipótese *sub judice*. O procedimento do juiz, autorizando a venda antes da oitiva dos credores, poderia ensejar, como erro *in procedendo*, um pedido de correção parcial. Isso, aliás, foi acenado pelo ora agravante, que não obstante insistiu pela admissão do recurso de todo incabível” (*Rev. dos Tribs.*, 386/192)⁷⁴.

Assim, como já exposto, a lei previa a apelação e o agravo como recursos no processo de concordata. Acima foram expostas as decisões previstas no Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, e os recursos para combatê-las. A utilização do recurso correto tornava-se de fundamental importância, posto que a despeito do princípio da fungibilidade dos recursos, por se tratar de procedimentos completamente distintos e também por terem prazos de interposição diferentes — sendo quinze dias para a apelação e dez dias para o agravo de instrumento —, a utilização do recurso errado poderia impossibilitar o combate à decisão proferida em desconformidade com a lei.

⁷⁴ Neste mesmo sentido é a opinião de Amador Paes de Almeida (2002, p. 420): “Da decisão do juiz, autorizando a venda de bens imóveis, não cabe recurso algum [...]”.

4. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL INSTITUÍDA PELA LEI FEDERAL Nº 11.101, DE 09 DE FEVEREIRO DE 2005

A doutrina já era praticamente unânime ao dizer da necessidade de alteração do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Fortes pressões se estabeleceram sobre o Congresso Nacional, inclusive do Banco Central do Brasil e do Fundo Monetário Internacional – FMI (CASTRO, 2006).

A primeira resposta veio com a apresentação de Projeto de Lei n. 4.376/93, que foi substancialmente alterado pela Subemenda Substitutiva apresentada pela Comissão Especial do Congresso Nacional, a qual, de fato, traz várias inovações, que convergem para a esperada mudança no diagnóstico e tratamento da situação de crise econômica da empresa. (GUIMARÃES, 2001, p. 209).

Depois de vários anos de tramitação no congresso — o Projeto de Lei foi apresentado em 1993 e só veio a ser promulgado em 2005 — e após passar por inúmeras emendas tanto na Câmara dos Deputados, quanto no Senado, além de ter sofrido alguns vetos, principalmente no que diz respeito à participação do Ministério Público na recuperação ou na falência, a Nova Lei de Falências foi publicada em 09 de fevereiro de 2005, com um período de *vacatio legis* de cento e vinte dias, vindo a entrar em vigor em 09 de junho de 2005. Revogou expressamente o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, e inverteu a ordem de regulamentação: o antigo Decreto-Lei priorizava a falência e colocava a concordata — seja ela preventiva ou suspensiva — como opção; a atual Lei regulamenta prioritariamente a recuperação do empresário ou sociedade empresária, deixando um lugar de menor destaque para a falência.

Essa mudança, apesar de pequena nuance, reflete a inspiração em ordenamentos internacionais com o objetivo de modernizar e de tornar mais adequado o direito concursal brasileiro. O parecer sobre o Projeto de Lei 4.376/93 traz:

Perdoem-nos sermos repetitivos, mas, nesta segunda fase de estudos visando a elaboração e conclusão da Subemenda Global, não poderíamos deixar de enaltecer a valiosa e indispensável colaboração de renomados falencistas e juristas que estudam de longa data o Direito Concursal no Brasil, os quais, com muito empenho e inegável dedicação, emprestaram seu tempo e seus conhecimentos profundos acerca da matéria, permitindo-nos elaborar um texto mais amadurecido, refletido e amparado no que há de mais moderno no Direito Concursal contemporâneo de vários países europeus, como Portugal, França e Itália, além dos Estados Unidos da América. (BIOLCHI, 1999, p. 495).

A contribuição doutrinária foi de grande importância na aprovação do projeto de lei. O parecer que acompanha o projeto em mais de um momento enaltece a participação ativa dos doutrinadores do direito concursal brasileiro:

Assim, estudiosos e dedicados nomes do direito falimentar, do direito processual civil e penal, além do direito penal propriamente dito, puderam reforçar de modo brilhante nossa preocupação de oferecer uma lei segura, atual, coerente, e, sobretudo, dotada de juridicidade e constitucionalidade. Esses ilustres juristas, como Jorge Lobo, Jorge Canto, Humberto Theodoro Júnior, Cláudio Alvarenga, Cezar Bitencourt e João Teixeira Grande, nos enviaram suas colaborações por escrito, configurando prova incontestada de que o Poder Legislativo Federal, por nosso intermédio, deve proceder à reformulação de nossas leis, buscando sempre auscultar a sociedade e os setores diretamente ligados aos temas em debate. (BIOLCHI, 1999, p. 495).

A recuperação pode ser requerida pelo empresário ou pela sociedade empresária. A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, excluiu as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as instituições financeiras públicas ou privadas, as cooperativas de crédito, os consórcios, as entidades de previdência complementar, as sociedades operadoras de planos de assistência à saúde, as seguradoras, as sociedades de capitalização e outras legalmente equiparadas.

Em relação às sociedades empresárias, o Código Civil de 2002 traz a previsão de que o pedido de recuperação judicial — o dispositivo se refere à concordata, mas é perfeitamente aplicável à recuperação judicial, posto que o Código Civil de 2002 é anterior à Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 — depende de deliberação dos sócios em reunião ou assembléia⁷⁵, estipulando que, no caso de urgência, o administrador da sociedade poderá requerer a recuperação — mais uma vez o dispositivo coloca concordata preventiva — somente com a autorização de titulares de mais da metade do capital social⁷⁶. A Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, também traz semelhante dispositivo a ser aplicado às sociedades anônimas. A autorização para o pedido é privativa da assembléia-geral⁷⁷, podendo ser a permissão para o requerimento com urgência apenas do acionista controlador⁷⁸.

⁷⁵ Art. 1.071 do Código Civil de 2002: “*Dependem da deliberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato: [...] VIII - o pedido de concordata*”.

⁷⁶ Art. 1.072, § 4º, do Código Civil de 2002: “*No caso do inciso VIII do artigo antecedente, os administradores, se houver urgência e com autorização de titulares de mais da metade do capital social, podem requerer concordata preventiva*”.

⁷⁷ Art. 122 da Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976: “*Compete privativamente à assembléia-geral: [...] IX - autorizar os administradores a confessar falência e pedir concordata*”.

⁷⁸ Art. 122, parágrafo único, da Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976: “*Em caso de urgência, a confissão de falência ou o pedido de concordata poderá ser formulado pelos administradores, com a concordância do acionista controlador, se houver, convocando-se imediatamente a assembléia-geral, para manifestar-se sobre a matéria*”

A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, não modificou a proibição de decretação de falência do espólio após um ano da morte do devedor. Assim, prevalece a opinião de Trajano de Miranda Valverde (1948) exposta no capítulo anterior sobre a concordata de que após um ano da morte, não mais é possível a recuperação judicial ou extrajudicial do espólio. Até um ano da morte, a recuperação judicial do *de cujus* pode ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros ou inventariante. No caso de sociedade, se o sócio falecido tem responsabilidade solidária, o sócio remanescente também pode pedir a recuperação judicial.

O foro competente não diverge do antigo Decreto-Lei. Seja a recuperação judicial ou extrajudicial, seja a falência serão processadas no juízo do local do principal estabelecimento do devedor. O conceito de estabelecimento está escrito no artigo 1.142 do Código Civil de 2002, que traz: “*Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária*”. Porém, nem o Código Civil, nem a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, trazem a definição de principal estabelecimento. Para decidir qual é o principal estabelecimento do empresário ou da sociedade empresária o juiz terá que analisar o caso concreto levando em conta o local da sede e do domicílio do devedor, verificando onde são tomadas suas principais decisões empresariais, onde está seu principal mercado fornecedor e consumidor e onde se encontra o maior volume de dívidas.

Com razão, considerou-se que, para otimização do procedimento concursal, o juízo falimentar deveria ser aquele cuja jurisdição fosse no local onde o empresário falido concentrasse o maior número de operações mercantis e, por consequência, de credores, empregados, contratos e bens. (PIMENTA, 2006, p. 96).

Não é um único critério que irá definir o principal estabelecimento, mas o conjunto de critérios apontados acima e mais algum critério importante para o caso concreto.

A sede será definida no ato constitutivo do devedor: se empresário, na inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, ou seja, no requerimento de empresário⁷⁹; se sociedade empresária, no estatuto ou contrato social⁸⁰. O domicílio é definido no artigo 75 do

⁷⁹ Art. 968 do Código Civil de 2002: “A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha: [...] IV - o objeto e a sede da empresa”.

⁸⁰ Art. 997 do Código Civil de 2002: “A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: [...] II - denominação, objeto, sede e prazo da sociedade”.

Código Civil de 2002⁸¹, tendo como regra o lugar onde funciona a diretoria e administração da pessoa jurídica. Os outros critérios só poderão ser avaliados de acordo com a documentação contábil do devedor.

O critério mais adotado pelos tribunais é buscar definir onde se encontram as principais atividades empresariais do devedor, ou seja, definir onde está concentrado o centro vital das atividades do devedor: onde a atividade se encontra centralizada. Na vigência da Constituição anterior, quando ainda tinha competência para tal, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a aplicação do artigo 7º do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, em relação ao foro da falência, o que se pode ter como paradigma mesmo após a vigência da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, posto que a regra da competência foi mantida. O acórdão ficou assim ementado:

1. Foro competente para declarar a falência nos termos do art. 7, caput, da lei falencial. **De como se define o estabelecimento básico mencionado na sobredita regra. Não é aquele a que os estatutos da sociedade conferem o título de principal, mas o que forma concretamente o corpo vivo, o centro vital das principais atividades comerciais do devedor, a sede ou núcleo dos negócios em sua palpitante vivência material.** 2. Conflito de competência decidido pelo supremo tribunal na consideração do que acima é definido como estabelecimento principal ou básico do devedor. (BRASIL. STF, CJ 6.025, Rel. Min. Antônio Neder, 1976). (Sem negrito no original)

Na esteira da decisão do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça também adotou o mesmo entendimento sobre o foro da falência, tendo decidido por várias vezes com base no acórdão que se destaca:

COMPETÊNCIA. CONFLITO. FALÊNCIA. FORO DO ESTABELECIMENTO PRINCIPAL ATUAL DA RÉ. **LUGAR ONDE A ATIVIDADE COMERCIAL DA EMPRESA SE MANTÉM CENTRALIZADA.** PRECEDENTES. I - Segundo o art. 7. do Decreto-Lei 7.661/45, "é competente para declarar a falência o Juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil". II - Consoante entendimento jurisprudencial, invocado pelo suscitante e adotado pela Seção, respaldado também em abalizada doutrina, **“estabelecimento principal é o local onde a atividade se mantém centralizada”, não sendo, de outra parte, “aquele a que os estatutos conferem o título principal, mas o que forma o corpo vivo, o centro vital das principais atividades do devedor”.** (BRASIL. STJ, CC 21.896, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1998)⁸². (Sem negrito no original)

⁸¹ Art. 75 do Código Civil de 2002: “*Quanto às pessoas jurídicas, o domicílio é: [...] IV - das demais pessoas jurídicas, o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos*”.

⁸² No mesmo sentido: BRASIL, STJ. CC 366, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 1989; BRASIL, STJ. CC 1.779, Rel. Min. Nilson Naves, 1991; BRASIL, STJ. CC 21.899, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1998; BRASIL, STJ. CC 27.835, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 2001; BRASIL, STJ. CC 32.988, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 2001; BRASIL, STJ. AgRg 451.614, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 2002.

Apesar da legislação não trazer o conceito de principal estabelecimento, as características do caso concreto indicarão onde está centrado o negócio do devedor. O juiz pode declarar-se incompetente de ofício, posto que somente o juízo do principal estabelecimento poderá decretar a recuperação ou falência do empresário ou da sociedade empresária. Trata-se de competência absoluta, tal como declarado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Falência. **Competência absoluta. Lugar do principal estabelecimento. 1 – O juízo da falência somente pode ser instaurado, nos termos da lei específica, no foro do estabelecimento principal do falido, sendo, pois, absolutamente incompetente para declarar o estado do falido o juízo do estabelecimento subsidiário.** Recurso extraordinário conhecido em parte e provido nessa parte. (BRASIL, STF. RE 98.928, Rel. Min. Rafael Mayer, 1983). (Sem negrito no original)

O Ministro Rafael Mayer é enfático ao afirmar, em seu voto acompanhado em unanimidade pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que se trata de competência absoluta e, portanto, improrrogável:

Trata-se, portanto, de competência absoluta.

Absolutamente incompetente, pois, é o juiz do foro do estabelecimento subsidiário da Recorrente, para declarar a sua falência, e a incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer fase do processo ou grau de jurisdição, posto que não pode verificar-se a prorrogação da jurisdição, que somente diz com a incompetência relativa. (BRASIL, STF. RE 98.928, Rel. Min. Rafael Mayer, 1983).

Em extenso acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrighi e veementemente combatido pelos votos vencidos liderados pelo Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, o Superior Tribunal de Justiça também decidiu pelo caráter absoluto da competência do juízo do principal estabelecimento do devedor:

Processo civil. Competência. Conflito positivo. Pedidos de falência e de concordata preventiva. Principal estabelecimento. Centro das atividades. **Competência absoluta.** Prevenção. Juízo incompetente. Sentença de declaração de falência prolatada por juízo diverso daquele em que estava sendo processada a concordata. Pedido de falência embasado em título quirografário anterior ao deferimento da concordata. Nulidade da sentença. – **O juízo competente para processar e julgar pedido de falência e, por conseguinte, de concordata é o da comarca onde se encontra “o centro vital das principais atividades do devedor”**, conforme o disposto no art. 7º da Lei de Falências (Decreto-Lei n. 7.661/45) e o firme entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema. – **A competência do juízo falimentar é absoluta.** – A prevenção prevista no § 1º do art. 202 da Lei de Falências incide tão-somente na hipótese em que é competente o juízo tido por preventivo. – Constatado que a falência foi declarada

pelo juízo suscitado enquanto processada a concordata em outro juízo e, ainda, que o título quirografário que embasou o pedido de falência era anterior ao deferimento da concordata, impõe-se anular essa sentença que declarou a falência. – Conflito conhecido, declarada a competência do Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Manaus – AM, anulados os atos decisórios praticados pelo Juízo de Direito da 39ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo – SP e a sentença de declaração de falência proferida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Manaus – AM. (BRASIL, STJ. CC 37.736, Rel. Min. Nancy Andriighi, 2003). (Sem negrito no original)

As regras da competência permitem que se defina qual, dentre os vários órgãos do judiciário, tem a atribuição para aplicar a jurisdição sobre o caso concreto, ou seja, qual o órgão do judiciário deverá resolver a questão que está sendo apresentada. A competência pode ser absoluta ou relativa. A diferença entre a competência absoluta e a relativa pode ser assim sintetizada:

Diante do exposto e abstraídas as aplicações particularizadas das regras sobre improrrogabilidade, *absoluta é a competência improrrogável* (que não comporta modificação alguma); *relativa é a prorrogável* (que, dentro de certos limites, pode ser modificada). (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1998, p. 242).

Em regra, a competência é absoluta quando em razão da matéria e da hierarquia e relativa quando em função do valor da causa e do território⁸³. Será aqui combatida a idéia de se tratar a competência para o juízo da recuperação e da falência de competência em simples competência função do território. Esta não é a interpretação mais correta. A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, traz normas de ordem pública que têm o objetivo de facilitar o curso do processo de recuperação ou de falência e atender o maior número possível de credores. Portanto não pode ser tida como simples competência territorial relativa. Humberto Theodoro Júnior (2006) coloca que mesmo algumas competências territoriais são imodificáveis e lista entre elas a ação de falência, o que também pode ser estendido à recuperação, seja judicial ou extrajudicial, posto que o critério de competência é o mesmo. Após, o referido autor expõe sobre as normas de natureza pública que não podem ser afastadas pelas partes, dizendo:

No entanto, como no âmbito das normas de ordem pública não prevalece a autonomia da vontade, não seria válida a cláusula de eleição de foro, dado que implicaria afastar, prévia e convencionalmente, a tutela especial que a ordem jurídica instituiu justamente para acobertar os interesses da parte contratante mais frágil. (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 212).

⁸³ Art. 111 do Código de Processo Civil: “A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações”.

Portanto, o mesmo raciocínio pode ser empregado na competência para a recuperação judicial ou extrajudicial e para a falência. A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, busca zelar por interesses coletivos de trabalhadores e credores buscando a manutenção da fonte produtora, o que melhor poderá acontecer se o processo tiver curso perante o juízo do principal estabelecimento. Assim, por se tratar de norma de interesse público e coletivo, trata-se de competência absoluta, que pode ser analisada de ofício ou alegada em qualquer fase do processo, dando ensejo, até mesmo a ação rescisória⁸⁴.

Em relação aos devedores estrangeiros, a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, estipula como foro o local da filial brasileira. É a mesma regra que fixa o domicílio do empresário ou da sociedade empresária estrangeiros⁸⁵. O devedor com sede no exterior é obrigado a se inscrever no Registro Público de Empresas do local em que estabelecer suas atividades no Brasil, por meio de livro próprio reservado às sociedades estrangeiras⁸⁶. Terá, ainda, que nomear representante permanente para responder pela filial brasileira no território nacional⁸⁷. Assim, o foro da recuperação e da falência da sociedade estrangeira será o do local em que esta se estabelecer no território nacional, podendo a recuperação ser pedida pelo representante nomeado no território brasileiro. No caso de mais de uma filial no território brasileiro, aplicar-se-á as regras expostas para se definir o principal estabelecimento.

Distribuído o pedido de recuperação no juízo competente, fica este prevento para qualquer outro pedido de recuperação ou de falência do devedor.

O juízo universal da recuperação judicial está vinculado aos princípios da universalidade e da unidade. Uma vez concedida, será aberto um leque de procedimentos que estão sujeitos a uma direção única.

O princípio da *unidade* tem por finalidade a eficiência do processo, evitar repetição de atos e contradições. Seria inviável mais de uma recuperação, por isso a exigência da lei de um único processo para um mesmo devedor.

O princípio da *universalidade* está na previsão de um só juízo para todas as medidas judiciais, todos os atos relativos ao devedor empresário. Todas as ações e

⁸⁴ Art. 485 do Código de Processo Civil: “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente”.

⁸⁵ Art. 75, § 2º do Código Civil de 2002: “Se a administração, ou diretoria, tiver a sede no estrangeiro, haverá-se por domicílio da pessoa jurídica, no tocante às obrigações contraídas por cada uma das suas agências, o lugar do estabelecimento, sito no Brasil, a que ela corresponder”.

⁸⁶ Art. 1.136 do Código Civil de 2002: “A sociedade autorizada não pode iniciar sua atividade antes de inscrita no registro próprio do lugar em que se deva estabelecer. [...]”

§ 2º Arquivados esses documentos, a inscrição será feita por termo em livro especial para as sociedades estrangeiras, com número de ordem contínuo para todas as sociedades inscritas; no termo constarão: [...]”.

⁸⁷ Art. 1.138 do Código Civil de 2002: “A sociedade estrangeira autorizada a funcionar é obrigada a ter, permanentemente, representante no Brasil, com poderes para resolver quaisquer questões e receber citação judicial pela sociedade”.

processos estarão na competência do juízo da recuperação, salvo as exceções previstas na própria LRE. (BERTOLDI; RIBEIRO, 2006, p. 462-463).

Como a recuperação abrange os créditos de todas as classes e não só os quirografários — como era na concordata —, todas as ações e execuções pendentes contra o devedor ficam suspensas com o deferimento da recuperação ou da falência. A suspensão alcança, inclusive, as ações que envolvem os sócios solidários da sociedade em recuperação ou falida. O prazo máximo e improrrogável da suspensão é de cento e oitenta dias contados do deferimento da recuperação. Após este prazo os credores podem continuar as ações independentemente de pronunciamento do juízo da recuperação. Os créditos tributários não são alcançados pela recuperação judicial.

As ações que tenham por objeto quantias ilíquidas não são atraídas pelo juízo da recuperação até que sejam liquidadas, quando terão que ser os créditos declarados no processo de recuperação. Isso vale, também, para as ações de natureza trabalhista, que terão seus cursos perante a justiça do trabalho e o crédito resultante da decisão trabalhista deverá ser inscrito no quadro-geral de credores do devedor em recuperação pelo valor da condenação. Durante o processo de apuração do crédito em outro juízo, este poderá requerer a reserva do valor no processo de recuperação e, após a liquidação da condenação, o valor deverá ser incluído na classe própria.

O juiz que receber a distribuição de qualquer ação contra a sociedade em recuperação tem o dever de comunicar ao juízo da recuperação. Este dever se estende, também, ao devedor, que deverá comunicar ao juízo da recuperação todas as citações que receber durante o processo de recuperação.

Não existe mais a figura do síndico na falência ou do comissário na concordata preventiva. Criou-se o administrador judicial da recuperação ou da falência, que deverá ser profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas, contador ou pessoa jurídica especializada.

Foi criado, também, o Comitê de Credores, que será composto de um representante indicado pela classe de credores trabalhistas, de um representante indicado pela classe de credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais e por um representante indicado pela classe de credores quirografários e com privilégios gerais. Este Comitê terá a função de fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador, zelar pelo andamento processual, comunicar ao juiz em caso de violação dos direitos ou prejuízos aos interesses dos credores, apurar e emitir parecer sobre reclamações e requerer ao juiz a convocação da assembléia-geral de credores.

O grande objetivo da Nova Lei é possibilitar a recuperação judicial, para que os empresários e sociedades empresárias possam superar a situação de crise econômico-financeira, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. O que ficou cravado expressamente do artigo 47 da Nova Lei de Falências:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Nos termos do parecer sobre o Projeto de Lei 4.376/93, que veio a dar origem à Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, dentre os objetivos desta também se destacavam:

[...]

d) substituição da concordata suspensiva por ações destinadas à recuperação da empresa em crise, fundadas em planos viáveis de saneamento e de solução do passivo;

e) valorização da concordata pela instituição de procedimentos mais ágeis e de condições que facilitem ao devedor a regularização de sua situação. (BIOLCHI, 1999, p. 492).

Vê-se claramente a preocupação com uma modernização da legislação concursal para que se possa adequar à nova realidade social e empresarial, com procedimentos mais céleres e que realmente possibilitem recuperação dos devedores em dificuldades.

Os principais meios da recuperação judicial poderão ser: concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou a vencer; alteração do controle societário; cisão, incorporação, fusão ou transformação da sociedade; substituição total ou parcial dos administradores; concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores; aumento do capital social; e venda parcial dos bens. Outras propostas existem na Lei e serão detalhadamente analisadas no decorrer deste capítulo.

O devedor que requerer a recuperação judicial terá que apresentar um plano de recuperação ao juiz, discriminando os meios de recuperação a serem empregados, demonstrando a viabilidade econômica e apresentando laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos. Os credores discordantes poderão apresentar objeções ao plano de recuperação judicial no prazo fixado. O plano de recuperação, além de ter a anuência dos

credores, deverá convencer o juiz da viabilidade econômica da empresa e, ao mesmo tempo, expor todas as dificuldades momentâneas e como estes obstáculos podem ser superados.

Durante o processo de recuperação judicial, a falência poderá ser imposta pelo juiz se for assim deliberado pela assembléia-geral de credores; se o devedor não apresentar o plano de recuperação ou quando este for rejeitado; ou, ainda, se o devedor não cumprir as obrigações assumidas.

A participação do representante do Ministério Público foi reduzida a casos específicos, não mais sendo exigida a participação em todo o processo de recuperação ou falência. O artigo 4º do Projeto de Lei 4.376/93, quando da aprovação no Congresso Nacional trazia: *“O representante do Ministério Público intervirá nos processos de recuperação judicial e de falência. Parágrafo único. Além das disposições previstas nesta Lei, o representante do Ministério Público intervirá em toda ação proposta pela massa falida ou contra esta”*. Porém, o citado artigo foi vetado sob a alegação de desnecessidade de intervenção obrigatória do representante do Ministério Público em todo o processo. Ressaltou, ainda, a mensagem de veto que a legislação processual já permite a intervenção do Ministério Público em qualquer processo que exista interesse público e que a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, já trazia vários dispositivos que determinava a intimação do Ministério Público e, se este assim entendesse, poderia continuar atuando no feito falimentar ou de recuperação, como destaca a mensagem de veto:

O Ministério Público é, portanto, comunicado a respeito dos principais atos processuais e nestes terá a possibilidade de intervir. Por isso, é estreme de dúvidas que o representante da instituição poderá requerer, quando de sua intimação inicial, a intimação dos demais atos do processo, de modo que possa intervir sempre que entender necessário e cabível. A mesma providência poderá ser adotada pelo parquet nos processos em que a massa falida seja parte.

Pode-se destacar que o Ministério Público é intimado da decretação de falência e do deferimento do processamento da recuperação judicial, ficando claro que sua atuação ocorrerá pari passu ao andamento do feito. Ademais, o projeto de lei não afasta as disposições dos arts. 82 e 83 do Código de Processo Civil, os quais prevêem a possibilidade de o Ministério Público intervir em qualquer processo, no qual entenda haver interesse público, e, neste processo específico, requerer o que entender de direito. (BRASIL. Mensagem de veto nº 59, 2005).

Assim, o Ministério Público não mais tem presença obrigatória em todo o curso do processo de falência ou de recuperação, e nem nos processos que envolvam a massa falida. Terá participação obrigatória apenas nos casos específicos trazidos pela Nova Lei de

Falências⁸⁸ e poderá intervir sempre que configurar o interesse público, nos termos da legislação processual.

Ao invés de defender interesses meramente privados e patrimoniais, a exemplo do que sucede com os credores e devedores, o Ministério Público defenderá os interesses da sociedade, preservando a confiança e a credibilidade do mercado.

Incumbe, pois, ao Ministério Público orientar sempre o magistrado, por intermédio do oferecimento de pareceres que se sobreponham a interesses meramente patrimoniais e particulares dos sujeitos envolvidos naquela relação processual. (CASTRO, 2006, p. 126).

Em relação à transição da aplicação do Decreto-Lei para a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, esta traz a determinação de que os processos já iniciados — sejam de falência ou de concordata — continuarão a ser regidos pelo Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Porém, fica proibida a concessão da concordata suspensiva e permitida a alienação dos bens, mesmo antes da formação do quadro-geral de credores e do inquérito judicial.

Apesar da proibição de concessão da concordata suspensiva, a Nova Lei de Falências permitiu que fosse concedida a recuperação judicial mesmo se já tivesse sido iniciado o processo de concordata — seja preventiva ou suspensiva — sob a vigência do Decreto-Lei anterior. Assim, o concordatário que tiver cumprido suas obrigações e preencher os requisitos da Nova Lei poderá requerer a concessão da recuperação judicial para tentar reerguer o seu negócio. No caso da conversão da concordata em recuperação judicial não poderá ser apresentado o plano especial de recuperação previsto para as microempresas e empresas de pequeno porte.

Se o processo já tiver sido iniciado antes da vigência da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, mas a falência ainda não tiver sido decretada, até a decretação da falência aplicar-se-á o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Após a sentença que decretar a falência passa a ser aplicada a Nova Lei.

O primeiro caso com repercussão nacional de aplicação da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, com menos de um mês após sua entrada em vigor, foi o da VARIG S/A – Viação Aérea Riograndense, como mostra a reportagem do jornal O Globo:

⁸⁸ Ver os seguintes dispositivos da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, sobre a participação do Ministério Público: art. 8º; art. 19; § 4º do art. 22; § 2º do art. 30; inciso V do art. 52; § 2º do art. 59; inciso XIII do art. 99; inciso VI do art. 104; art. 132; § 7º do art. 142; art. 143; § 3º do art. 154; art. 187 e seu § 2º.

A Varig acaba de ingressar com um pedido de recuperação judicial na 8ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro. Um dos objetivos da ação, também ajuizada em nome da Rio Sul e da Nordeste, subsidiárias do grupo, é apresentar aos credores, em 60 dias, um plano de recuperação da empresa. (OTÁVIO, 17/06/2005, Aviação e Turismo).

O artigo 187 da Lei Federal nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 — Código Brasileiro de Aeronáutica — proibia as empresas aéreas de requerer concordata. Porém, a Nova Lei de Falências acabou com a proibição em relação à recuperação judicial ou extrajudicial de empresas, o que possibilitou a concessão da recuperação judicial para a VARIG S/A – Viação Aérea Riograndense e Viação Aérea São Paulo Sociedade Anônima – VASP. A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, trouxe, inclusive, algumas disposições especiais para do setor aéreo. Mesmo com o processo de recuperação ou de falência das empresas aéreas, não pode haver a suspensão dos contratos de arrendamento das aeronaves ou suas partes. Os créditos advindos de tais contratos não se submeterão aos efeitos da recuperação, prevalecendo o direito dos proprietários dos bens arrendados.

A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, determina, também, que seja criado um registro nacional com a relação de todos os devedores falidos ou em recuperação a ser disponibilizado pela Internet para consulta livre e gratuita. O Banco Central do Brasil mantém um cadastro de todas as instituições que estão sob intervenção e em processo de liquidação extrajudicial⁸⁹. Agora, após a vigência da Nova Lei de Falências, o Departamento Nacional de Registro do Comércio deverá manter cadastro semelhante que contenha a relação de todos os devedores falidos ou em recuperação⁹⁰.

4.1. Requisitos para o requerimento da recuperação judicial

Como já mencionado acima, o artigo 1º da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, coloca que a recuperação judicial ou extrajudicial e a falência só podem ser aplicadas para o empresário ou sociedade empresária. É este o primeiro requisito para o requerimento da recuperação judicial. Tal não difere do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, que, como já explicado no capítulo anterior, só era aplicado ao comerciante. As

⁸⁹ Ver: <<http://www.bacen.gov.br/?REGESP>> Acesso em: 01 fev. 2007.

⁹⁰ Em pesquisa aos sites do Departamento Nacional do Registro do Comércio <<http://www.dnrc.gov.br>> e da Junta Comercial do Estado de Minas Gerais <<http://www.jucemg.mg.gov.br>> não foi localizado o banco de dados com a relação dos devedores falidos ou em recuperação. Acesso em: 01 fev. 2007.

denominações “empresário” e “sociedade empresária” estão em conformidade com a nova nomenclatura adotada pelo Código Civil de 2002, que abandonou a velha noção de atos de comércio para agarrar-se na organização da atividade para produção ou circulação de bens ou serviços.

O Código Civil define empresário como “*quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”⁹¹. Estão inicialmente excluídos do conceito de empresário “*quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa*”⁹². Assim, aqueles que exercem as atividades acima listadas não se enquadram preferencialmente na condição de empresário. Mesmo que estejam presentes os atributos necessários ao empresário, a pessoa “[...] *não será considerada empresária se a atividade for intelectual de natureza artística, literária ou científica, desde que essa atividade não esteja inserida na linha de produção da pessoa como elemento de empresa*” (GONTIJO, 2004, p. 35). Só será empresário se suas atividades constituírem elemento de empresa, ou seja, se a atividade tiver natureza econômica e for exercida de forma organizada e profissionalmente, objetivando a produção ou circulação de bens ou serviços e com o intuito de lucro.

Isso se deve à evolução histórica das atividades econômicas. Historicamente, as profissões de natureza intelectual, científica, literária e artística se desenvolveram a margem do comércio. Em regra, são desenvolvidas com o objetivo de lucro, mas arrimam-se prioritariamente na capacidade de seus executores, que não se enquadram na dinâmica da atividade econômica, ou seja, produção em massa e em série.

Para quem não está acostumado com a dinâmica da atividade empresarial, desenvolvendo a atividade conforme os costumes e leis civis, não seria apropriado tratá-los da mesma forma que o empresário e, por isso, o Código Civil de 2002 os exclui, inicialmente, do conceito de empresário e, assim, não poderão utilizar-se da recuperação judicial. Só serão tratados como empresários se estiverem presentes os atributos do empresário e forem inscritos no Registro Público de Empresas Mercantis.

Como se sabe, o Direito Empresarial tem entre os seus princípios o *individualismo* e a *onerosidade* presumidos nas relações. Isso gera no empresário uma mentalidade, uma ética, um estado de espírito e atitudes diversas daquelas do cidadão comum. Quando determinada pessoa assume a atividade empresarial, ela paulatinamente absorve essa forma de pensar e agir, que não coaduna com aquela

⁹¹ Art. 966 do Código Civil de 2002.

⁹² Parágrafo único do art. 966 do Código Civil de 2002.

que se dá ou pelo menos se espera que se dê em relação ao civil, à cooperativa, ao servidor público ou a uma sociedade *simples*, cuja ética, atitudes, maneira de pensar espera-se (pelo menos o legislador nisso acreditou) sejam diversas das do empresário. (GONTIJO, 2004, p. 31).

Da mesma forma se dá com a sociedade empresária. O artigo 982 do Código Civil de 2002 traz: “*Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais*”. Assim, as sociedades que exercem atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, serão consideradas empresárias. As sociedades que se dedicam a atividades intelectuais, de natureza científica, literária ou artística, são consideradas sociedades simples. As sociedades simples não podem utilizar-se da recuperação judicial. Se a sociedade desenvolve qualquer das atividades acima listadas, mas se constitui na forma de sociedade empresária, prestando os serviços de forma impessoal e com inscrição regular no Registro Público de Empresas Mercantis, não importando a forma societária⁹³ — sociedade em nome coletivo⁹⁴, sociedade em comandita simples⁹⁵, sociedade limitada⁹⁶, sociedade anônima⁹⁷ e sociedade em comandita por ações⁹⁸ —, serão consideradas empresárias e lhes serão aplicada a legislação falimentar e de recuperação judicial e extrajudicial.

Tanto é esta a orientação da legislação brasileira que, quando tais atividades de feição personalíssima perdem este caráter em virtude da prevalência da organização econômica dada pelo titular aos fatores de produção, a solução legal é diferente. Segundo os termos do citado art. 966, parágrafo único, se as atividades intelectuais, artísticas, científicas ou literárias se constituem “elemento de empresa”, o sujeito que as exerce passa a se submeter ao direito empresarial.

Assim, se as atividades desta natureza são prestadas sem a prevalência do caráter personalíssimo que justificou sua separação das demais atividades

⁹³ Art. 983 do Código Civil de 2002: “A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias.

Parágrafo único. Ressalvam-se as disposições concernentes à sociedade em conta de participação e à cooperativa, bem como as constantes de leis especiais que, para o exercício de certas atividades, imponham a constituição da sociedade segundo determinado tipo”.

⁹⁴ Art. 1.039 do Código Civil de 2002: “Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais”.

⁹⁵ Art. 1.045 do Código Civil de 2002: “Na sociedade em comandita simples tomam parte sócios de duas categorias: os comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais; e os comanditários, obrigados somente pelo valor de sua quota”.

⁹⁶ Art. 1.052 do Código Civil de 2002: “Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”.

⁹⁷ Art. 1.088 do Código Civil de 2002: “Na sociedade anônima ou companhia, o capital divide-se em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir”.

⁹⁸ Art. 1.090 do Código Civil de 2002: “A sociedade em comandita por ações tem o capital dividido em ações, regendo-se pelas normas relativas à sociedade anônima, sem prejuízo das modificações constantes deste Capítulo, e opera sob firma ou denominação”.

empresariais – e sim como parte de um complexo mais abrangente de serviços –, não há fundamento para tal cisão. (PIMENTA, 2006, p. 49).

A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, proibiu a concessão da recuperação ou decretação de falência para alguns devedores, mesmo que caracterizados como empresários ou sociedades empresárias. Assim, não pode ser concedida a recuperação ou falência para a empresa pública e a sociedade de economia mista⁹⁹.

Tal proibição se dá pela presença de capital público nos dois tipos de pessoa jurídica. “Com relação à composição do capital, a sociedade de economia mista é constituída por capital público e privado e a empresa pública, por capital público” (DI PIETRO, 2000, p. 376). Lembra Hely Lopes Meirelles (1996) que apesar da exigência de a empresa pública possuir capital exclusivamente público, a partir do Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, é permitida a participação de outras pessoas de direito público ou entidades da administração indireta dos três poderes, em virtude do artigo 5º do referido Decreto- Lei¹⁰⁰. Apesar do capital não ter que ser de um único ente público, como deixa transparecer o artigo 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, alterado pelo Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969¹⁰¹, os outros participantes da empresa pública têm que estar ligados à administração pública de um dos três âmbitos federativos, o que a mantém com capital exclusivamente público.

Se o governo não pode falir ou entrar em recuperação porque administra os recursos provenientes da população em geral e destinados a promover o bem comum, o mesmo raciocínio é aplicado às sociedades que são compostas exclusiva ou prioritariamente por capital público. Há de se destacar que a Constituição da República sujeitou essas sociedades ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive em relação a obrigações cíveis e

⁹⁹ Art. 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967: “Para os fins desta lei, considera-se: [...] II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969) III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)”

¹⁰⁰ Art. 5º do Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969: “Desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da Empresa Pública (artigo 5º inciso II, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967), a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios”.

¹⁰¹ Ver nota 99.

comerciais¹⁰². Assim, há quem defenda que nem mesmo a lei pode proibir essas sociedades de falir, pois estaria indo contra a Constituição:

A Lei de Falências (Lei 11.101, de 9.2.2005), em seu art. 2º, declara não se aplicar a empresas públicas e sociedades de economia mista – isto é, às empresas estatais. Em embargo, este dispositivo há de ser recebido *cum grano salis*. É que — como observou o eminente e sempre atilado Prof. José dos Santos Carvalho Filho —, se o art. 173, § 1º, II, da Constituição as equiparou às empresas privadas, aludindo expressamente ao Direito Comercial, a Lei de Falências não poderia estabelecer tal discriminação excludente sem incidir em inconstitucionalidade. Sem embargo, cumpre dizer que o dispositivo constitucional mencionado se refere expressamente às “exploradoras de atividade econômica”. Logo, a exclusão não pode alcançar estas últimas, mas pode, sem incidir em inconstitucionalidade, atingir as “prestadoras de serviço público”, obra pública ou atividades públicas em geral. (MELLO, 2005, p. 190).

Mesmo antes da vigência da Constituição da República de 1988, Eros Roberto Grau (1986, p. 118) já defendia a impossibilidade da lei excluir as empresas públicas e sociedades de economia mista do regime falencial:

No momento em que não se sujeita uma empresa estatal (sociedade de economia mista) à falência, nesse preciso momento se está distinguindo essa empresa com um privilégio que é de todo incompatível com o que define o § 2º do art. 170¹⁰³. O art. 170 manda que às empresas estatais, companhias de economia mista, inclusive, que desenvolvam atividade econômica, se apliquem as mesmas normas que se aplicam às empresas privadas. Então, ele é inconstitucional.

Hely Lopes Meirelles (1996, p. 336) não coaduna com idéia de serem as empresas estatais sujeitas à falência, lecionando que “*A sociedade de economia mista não está sujeita a falência*”. Com toda a *venia* que merecem os administrativistas que defendem a possibilidade de falência das empresas estatais¹⁰⁴, a ampla maioria doutrinária do direito concursal¹⁰⁵

¹⁰² Art. 173 da Constituição da República de 1988: “*Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*”

§ 1º *A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...]*

II - *a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”*

¹⁰³ O autor refere-se ao art. 170 da Constituição da República de 1967, após a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que trazia o seguinte: “*As empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.*”

§ 1º *Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.*

§ 2º *Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações”.*

¹⁰⁴ Além de Celso Antônio Bandeira de Mello e Eros Roberto Grau, já mencionados no texto, ainda se pode relacionar: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro:

reafirma a impossibilidade de se aplicar a recuperação e a falência para as empresas públicas ou sociedades de economia mista, diante da proibição expressa trazida no artigo 2º, inciso I, da Nova Lei de Falências. Tal posição já era assim assumida na vigência do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, diante da proibição expressa de aplicação da falência para a sociedade de economia mista pelo artigo 242 da Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976¹⁰⁶, até o advento da Lei Federal nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, que revogou o referido artigo 242¹⁰⁷.

Também não têm legitimidade para requerer a recuperação as instituições financeiras e cooperativas de créditos. Essas sociedades, quando passam por dificuldades financeiras, sofrem a intervenção do Banco Central do Brasil e podem vir a serem liquidadas extrajudicialmente por este¹⁰⁸. As cooperativas de crédito são equiparadas às instituições financeiras. Que, nos termos da legislação, são todas as pessoas jurídicas que exerçam “*como atividade principal ou acessória a intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, autorizadas pelo Banco Central do Brasil ou por Decreto do Poder Executivo a funcionar no Território Nacional*”¹⁰⁹. As sociedades que praticam operações de consórcio também podem sofrer a intervenção ou a liquidação extrajudicial pelo Banco Central do Brasil¹¹⁰ e não podem ser submetidas ao regime da Lei de Falências.

As entidades de previdência complementar são regidas pela Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, e também não podem requerer a recuperação, posto que, em caso de

Lúmen Júris, 2005, p. 394; GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 389.

¹⁰⁵ Dentre os autores que defendem a impossibilidade da recuperação judicial, extrajudicial e da falência das empresas estatais pode-se citar: ALMEIDA, 2005a, p. 48; ALMEIDA, 2005b, p. 17-18; BERTOLDI; RIBEIRO, 2006, p. 455; COELHO, 2002, p. 26; MAMEDE, 2006, p. 42; MANDEL, 2005, p. 10; MIRANDA, 2005, p. 20; NEGRÃO, 2005, p. 4; PROENÇA. In: MACHADO 2005, p. 66; TZIRULNIK, 2005, p. 57. Registre-se que Waldo Fazzio Júnior (2005, p. 43-44) e Carlos Alberto Ferracha de Castro (2006, p. 79-80) apresentam opinião de que a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, não deveria ter excluído as empresa públicas e sociedade de economia mista, mas não combatem a aplicação do art. 2º, inciso I, da referida Lei, concordando que o mesmo deve ser aplicado.

¹⁰⁶ Art. 242 da Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976: “*As companhias de economia mista não estão sujeitas a falência mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações. (Revogado pela Lei nº 10.303, de 2001)*”

¹⁰⁷ Art. 10 da Lei Federal nº 10.303, de 31 de outubro de 2001: “*São revogados o art. 242, da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e os arts. 29 e 30, da Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976*”.

¹⁰⁸ Art. 1º da Lei Federal nº 6.024, de 13 de março de 1974: “*As instituições financeiras privadas e as públicas não federais, assim como as cooperativas de crédito, estão sujeitas, nos termos desta Lei, à intervenção ou à liquidação extrajudicial, em ambos os casos efetuada e decretada pelo Banco Central do Brasil, sem prejuízo do disposto nos artigos 137 e 138 do Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, ou à falência, nos termos da legislação vigente.*”

¹⁰⁹ O conceito é dado pelo § 2º do art. 10 da Lei Federal nº 8.870, de 15 de abril de 1994.

¹¹⁰ Art. 10 da Lei Federal nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971: “*O Banco Central do Brasil poderá intervir nas empresas autorizadas a realizar as operações a que se refere o artigo 7º, e decretar sua liquidação extrajudicial na forma e condições previstas na legislação especial aplicável às entidades financeiras.*”

dificuldades, deverão passar pelo procedimento de liquidação extrajudicial. As sociedades operadoras de planos de assistência à saúde estão submetidas à Agência Nacional de Saúde Suplementar — ANS — e serão por esta liquidadas extrajudicialmente, não podendo requerer a recuperação¹¹¹.

As sociedades seguradoras¹¹² e as sociedades de capitalização¹¹³ estão submetidas à Superintendência de Seguros Privados — SUSEP—, devendo ser por esta fiscalizada e liquidada, caso seja necessário. Sociedades de capitalização são aquelas que oferecem ao público em geral os títulos de capitalização com o intuito de constituir um capital mínimo. São definidas no artigo 1º, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 261, de 28 de fevereiro de 1967:

Consideram-se sociedades de capitalização as que tiverem por objetivo fornecer ao público de acordo com planos aprovados pelo Governo Federal, a constituição de um capital mínimo perfeitamente determinado em cada plano e pago em moeda corrente em um prazo máximo indicado no mesmo plano, a pessoa que possuir um título, segundo cláusulas e regras aprovadas e mencionadas no próprio título.

Há de se ressaltar que apesar destas sociedades estarem impossibilitadas de requerer a recuperação judicial, as disposições da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, devem ser aplicadas subsidiariamente aos processos de liquidação extrajudicial¹¹⁴.

A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, ainda traz a previsão que as sociedades legalmente equiparadas a qualquer das expostas acima também não podem ser submetida aos efeitos da Nova Lei de Falências. Transmite a idéia de que a Nova Lei de Falências não teve a intenção de listar em *numerus clausus* quais os devedores estão proibidos de requerer a recuperação ou de terem a falência decretada. Trouxe apenas um rol dos que estão expressamente proibidos de se utilizarem da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, e deixou aberto para outras leis regularem tipos societários específicos.

¹¹¹ Art. 4º da Lei Federal nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000: “*Compete à ANS: [...] XXXIV - proceder à liquidação extrajudicial e autorizar o liquidante a requerer a falência ou insolvência civil das operadoras de planos privados de assistência à saúde; (Redação dada pela MP nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001).*”

¹¹² Art. 97 do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966: “*A liquidação voluntária ou compulsória das Sociedades Seguradoras será processada pela SUSEP. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 296, de 1967).*”

¹¹³ Art. 4º do Decreto-Lei nº 261, de 28 de fevereiro de 1967: “*As sociedades de capitalização estão sujeitas a disposições idênticas às estabelecidas nos seguintes artigos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, e, quando fôr o caso, seus incisos, alíneas e parágrafos: 7º, 25 a 31, 74 a 77, 84, 87 a 111, 113, 114, 116 a 121.*”

¹¹⁴ Art. 197 da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005: “*Enquanto não forem aprovadas as respectivas leis específicas, esta Lei aplica-se subsidiariamente, no que couber, aos regimes previstos no Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, no Decreto-Lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, e na Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.*”

As sociedades cooperativas, por terem sido consideradas como sociedades simples pelo parágrafo único do artigo 982 do Código Civil de 2002, também não poderão utilizar-se da recuperação, já que esta foi reservada aos empresários e às sociedades empresárias. Questão semelhante acontece com o produtor rural. As atividades ligadas à agricultura, pecuária e silvicultura não são consideradas empresariais, determinando o Código Civil de 2002 que seja dado tratamento diferenciado e simplificado ao produtor rural. Porém, se o produtor rural se inscrever no Registro Público de Empresas Mercantis, terá o mesmo tratamento do empresário¹¹⁵ e poderá utilizar-se das disposições aplicadas à recuperação judicial:

Embora a atividade desenvolvida pelo agricultor, pelo pecuarista ou pelo silvicultor seja considerada legalmente não-empresária, porque diretamente ligada aos ciclos da natureza, o que a diferencia essencialmente da organização da atividade econômica pelo empresário, nada impede que aquele, por um ato de vontade, se inscreva no Registro de Empresas, e se equipare, desse modo, aos empresários em geral. A norma legal em tela faz todo sentido, porque seria desconhecer a realidade vedar, por exemplo, a uma agroindústria de porte o acesso à recuperação judicial. Mas seria igualmente irreal expor à falência um pequeno produtor rural que explore uma propriedade exclusivamente com o esforço próprio e de alguns familiares (TOLEDO. In: TOLEDO; ABRÃO, 2005, p. 3).

O artigo 198 da Nova Lei de Falências situado no Capítulo VIII, intitulado “Disposições Finais e Transitórias”, ainda traz a proibição de se requerer a recuperação — judicial ou extrajudicial — para aqueles que estejam proibidos de requerer a concordata pelas regras até então vigentes. Trata-se de regra de transição, com o objetivo de conciliar as duas legislações, antiga e nova, evitando-se decisões contraditórias e reapreciação do que já tiver sido julgado. Assim, se a concordata já tiver sido negada, por exemplo, a recuperação não mais terá lugar.

Se não tiver submetido a qualquer dos impedimentos acima expostos, o devedor ainda há de cumprir os requisitos impostos pela legislação. Para ter direito à recuperação judicial, o devedor tem que comprovar o exercício regular da atividade há pelo menos dois anos, quando da apresentação do pedido de recuperação. Não pode ter sido declarado falido, ou se teve a falência decretada, deve comprovar que todas as suas responsabilidades já foram declaradas extintas por sentença transitada em julgado. Se já se utilizou da recuperação judicial, deverá provar que a concessão desta se deu há mais de cinco anos. Se a recuperação foi concedida

¹¹⁵ Art. 971 do Código Civil de 2002: “O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.”

nos termos especiais previstos para as microempresas e empresas de pequeno porte o prazo aumentará de cinco para oito anos a contar da concessão. A condenação em crime de natureza falimentar, seja do devedor, seja de seu administrador ou seu sócio controlador, impede a concessão da recuperação judicial.

Em relação ao tempo de exercício da atividade empresarial, o legislador quis afastar os aventureiros que embarcam em atividade empresarial sem nenhum preparo, vindo a ter dificuldades econômicas em curto período de tempo, que a Nova Lei de Falências manteve em dois anos. A recuperação judicial é medida para socorrer empresários e sociedades empresárias que passam por intempéries da atividade empresarial. Portanto, o prazo mínimo é necessário para a consolidação da empresa. Há de se observar o exercício regular da atividade pelo período mínimo legal. Isto significa que não basta que o devedor esteja inscrito no registro do comércio sem exercer a atividade ou que exerça a atividade sem o registro, pois, neste último caso, a atividade será irregular. Assim, a expressão “*exerça regularmente suas atividades*”, trazida no artigo 48 da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, não exige a simples inscrição do empresário ou da sociedade empresária. Se estiver inscrito há mais de dois anos mas não comprovar o exercício da atividade por igual período, não poderá requerer a recuperação judicial. O mesmo acontece se já exerce a atividade há mais de dois anos mas só veio a se inscrever no Registro Público de Empresas Mercantis em prazo menor que o exigido. O prazo de inscrição comprova-se com certidão do Registro Público de Empresas Mercantis ou documento que contenha a data da inscrição. Já o exercício da atividade empresarial será comprovado mediante a apresentação da documentação contábil, emissão de notas fiscais e outros documentos empresariais.

Após a decretação de falência, passado o prazo de dez dias para apresentar contestação, o falido não tem mais direito à concessão da recuperação judicial. Uma vez falido, somente após o trânsito em julgado da decisão que declarar extintas as obrigações do devedor na falência, poderá este requerer a recuperação judicial. O falido está impedido de exercer qualquer atividade empresarial. Só poderá exercer atividade empresarial após a extinção de suas obrigações relativas à falência.

O segundo motivo impeditivo está ligado à interdição para o exercício da atividade empresarial resultante da decretação da falência. Se o agente econômico falido, sem ter suas obrigações extintas, não pode exercer atividade econômica regular, se o fizer, estará se conduzindo de forma contrária à lei, não podendo, portanto, desfrutar do favor legal em tela. (FAZZIO JÚNIOR, 2005, p. 157).

Assim, como existe, também, a exigência de exercício regular da atividade empresarial por pelo menos dois anos, como descrito acima, após a declaração de extinção das obrigações, o antigo falido terá que se submeter novamente a tal prazo, pois estará exercendo nova atividade.

Para evitar abusos por parte de empresários e sociedades empresárias, a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, estipulou prazo mínimo de cinco anos para a concessão de nova recuperação judicial. Tal se dá para que a recuperação não se torne regra, pois se trata de procedimento que envolve a coletividade de credores e trabalhadores, exigindo sacrifícios e concessões dos mesmos. O prazo começa a fluir a partir do momento da concessão da primeira recuperação judicial, mesmo que haja recurso contra a decisão concessiva, pois a Lei não exigiu o trânsito em julgado. É claro que a primeira recuperação terá que ter sido cumprida dentro do prazo fixado, pois, se não o foi, haverá a decretação da falência e o devedor terá que se submeter às regras descritas nos parágrafos acima. O indeferimento do pedido de recuperação não ocasiona a contagem do prazo para concessão de outro pedido. Se o pedido foi indeferido por qualquer motivo que não tenha dado ensejo à falência, o devedor poderá apresentar novo pedido a qualquer tempo.

Se o devedor utilizou-se do plano especial previsto nos artigos 70 a 72, ou seja, o plano de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte, o prazo para concessão de nova recuperação será de oito anos. Como se trata de plano mais simplificado e com maiores benefícios, como a não obrigatoriedade da assembléia de credores, a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, aumentou o prazo em que uma nova recuperação não poderá ser concedida. Há de se ressaltar que o plano especial de recuperação judicial tem que ter sido concedido ao devedor. Se o devedor era caracterizado como microempresa ou empresa de pequeno porte, mas não se utilizou do plano especial de recuperação, então estará submetido ao prazo de cinco anos. Não haverá influência no prazo se o segundo pedido de recuperação judicial for ou não com base no plano especial, pois a legislação coloca como base apenas a concessão já obtida.

O artigo 48, inciso IV, da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, coloca como empecilho ao deferimento da recuperação os crimes definidos pela própria Lei. Assim, não será a prática de um crime qualquer obstáculo para a concessão da recuperação judicial, mas somente dos crimes de natureza falimentar praticados pelo devedor, ou por seus administradores ou sócio controlador. Em relação ao sócio controlador, a Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, traz o conceito de acionista controlador baseado na idéia da pessoa ou grupo de pessoas que possuem acordo de votos que lhes assegurem a maioria

nas deliberações da assembléia-geral e poder de eleger a maior parte dos administradores, desde que exerça tais poderes¹¹⁶. Apesar do conceito ser aplicado para as sociedades anônimas, para os demais tipos de sociedade pode ser utilizado como balizador, para que se defina quais dos sócios têm o poder de decisão na sociedade, em geral o que possui a maior participação no capital social e tem poderes de administração. O poder de administração é importante para que se possa definir os rumos da sociedade. Assim, se o sócio não tem tais poderes, não poderá ser considerado sócio controlador. Veja o exemplo no parágrafo que se segue:

Uma sociedade limitada constituída por dois sócios e com a seguinte composição: o sócio A possui quarenta por cento das quotas e o contrato social lhe dá poderes para administração e o sócio B possui sessenta por cento das quotas, sem poderes de administração. Apesar do sócio B possuir o maior número de quotas, este não poderá administrar a sociedade, posto que não tem poderes para tal. E, também, não poderá destituir o outro sócio se o contrato for omissivo, pois não possui os dois terços do capital necessários para a destituição¹¹⁷. Assim, o sócio B não poderá ser considerado controlador, já que não tem a gestão da sociedade em suas mãos.

O termo administrador não é definido pela legislação brasileira. Através de uma análise do Código Civil de 2002, pode-se concluir que o administrador é aquele que tem poderes gerais ou especiais para praticar os atos de gestão da sociedade no exercício de seu objeto social¹¹⁸, utilizando-se da firma ou denominação social de forma privativa¹¹⁹ para adquirir direitos e assumir obrigações em nome da sociedade, representando-a, inclusive, judicialmente¹²⁰.

Na tentativa de justificar a legitimidade do artigo 48, inciso IV, da Nova Lei de Falências, lembra Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 124): “*Considera a lei que o controle ou a*

¹¹⁶ Art. 116 Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976: “*Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:*

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia”.

¹¹⁷ Art. 163, § 1º do Código Civil de 2002: “*Tratando-se de sócio nomeado administrador no contrato, sua destituição somente se opera pela aprovação de titulares de quotas correspondentes, no mínimo, a dois terços do capital social, salvo disposição contratual diversa”.*

¹¹⁸ Art. 1.015 do Código Civil de 2002: “*No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir”.*

¹¹⁹ Art. 1.064 do Código Civil de 2002: “*O uso da firma ou denominação social é privativo dos administradores que tenham os necessários poderes”.*

¹²⁰ Art. 1.022 do Código Civil de 2002: “*A sociedade adquire direitos, assume obrigações e procede judicialmente, por meio de administradores com poderes especiais, ou, não os havendo, por intermédio de qualquer administrador”.*

administração da empresa em crise por criminoso é indicativo de potencial uso indevido do instituto”. Para tal colocação, combate Lídia Valério Marzagão (2005) que o juiz pode afastar os administradores ou sócios, sem que se prejudique a recuperação judicial. Ressalta a referida autora:

Aqui se observa evidente manutenção da característica do anterior sistema brasileiro concebendo confusão entre empresa e empresário, e mais, punindo-se a empresa por atos que não são dela e sim do empresário. Não é essa a idéia nuclear que norteia a nova Lei em vigor em nosso País, que é preservação da empresa independentemente da pessoa do empresário. (MARZAGÃO. In: MACHADO 2005, p. 85).

O dispositivo em análise confunde a pessoa jurídica, ou seja, a sociedade empresária, com a pessoa física, administradores e sócios. Ressalta Manoel Justino Bezerra Filho (2005) que a o inciso IV, do artigo 48 da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, está repetindo erro já cometido no Decreto-Lei anterior. O artigo 140, inciso III, do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945¹²¹, também colocava a condenação pessoal do administrador como empecilho para a concordata, criando o “*que se convencionou chamar de ‘pessoalidade’ da lei falimentar*” (BEZERRA FILHO, 2005, p. 133).

Fazendo uma análise constitucional do dispositivo em comento, parece que têm razão os que defendem a sua desconformidade com os princípios que regem Constituição da República de 1988 e a Nova Lei de Falências. A Constituição coloca que nenhuma pena passará da pessoa do condenado¹²². E, neste caso, a sociedade está sendo punida com a impossibilidade de usufruir da recuperação judicial, devido à condenação de seus administradores ou sócios.

A Constituição ainda traz que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória¹²³. Assim, mesmo que já exista a condenação por crime de natureza falimentar, mas a decisão ainda não tenha transitado em julgado, pode o devedor ter a recuperação judicial concedida. Note-se que a Nova Lei de Falências colocou que a condenação não deverá existir “*no momento do pedido*”, como traz o *caput* do artigo 48 da referida Lei. Assim, se no momento do pedido não havia a condenação penal ou esta não

¹²¹ Art. 140 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945: “*Não pode impetrar concordata: [...] III - o devedor condenado por crime falimentar, furto, roubo, apropriação indébita, estelionato e outras fraudes, concorrência desleal, falsidade, peculato, contrabando, crime contra o privilégio de invenção ou marcas de indústria e comércio e crime contra a economia popular*”.

¹²² Art. 5º, inciso XLV da Constituição da República de 1988: “*nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido*”.

¹²³ Art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República de 1988: “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”.

tinha transitado em julgado — para ser coerente com o Texto Constitucional —, a condenação posterior ao pedido de recuperação judicial não implicará em decretação de falência, mas poderá o juiz afastar os condenados da administração do negócio. Para este afastamento, não prevê a Lei que os crimes devam ser exclusivamente previstos na legislação falencial. Também poderão ser afastados da administração do negócio os condenados durante o processo de recuperação por crime contra o patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica.

Mesmo que se entenda pela aplicação do inciso IV, do artigo 48 da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, o efeito do crime cometido não pode ser eterno¹²⁴. Assim, após a reabilitação penal¹²⁵ do empresário, do administrador ou sócio controlador, o devedor estará apto a socorrer-se da recuperação judicial, o que não encontra dificuldades na doutrina: *“Evidentemente, uma vez reabilitado o sócio controlador ou o administrador condenado, tem-se por cumprido o requisito, legitimando-se, em decorrência, a sociedade empresária ao pedido de recuperação judicial”* (COELHO, 2005, p. 124).

Da mesma forma exigida no pedido de concordata do antigo Decreto-Lei, a Nova Lei de Falências exige que a petição inicial do pedido de recuperação judicial exponha as verdadeiras causas da frágil situação econômica do requerente e as razões que o levaram à crise econômico-financeira em que se encontra. A lei não definiu o que seria crise econômico-financeira, assim, fica a cargo do devedor expor detalhadamente a situação em que se encontra para não correr o risco de ter seu pedido indeferido. Não há necessidade que o devedor sempre se encontre em situação de insolvência, ou seja, que tenha o passivo maior que o ativo. Mesmo que o patrimônio do devedor seja suficiente para arcar com as obrigações, se não houver liquidez ou disponibilidade financeira imediata para pagar as dívidas no tempo certo, poderá ser o caso de se socorrer da recuperação judicial para vencer a dificuldade momentânea da empresa, pois, caso contrário, poderá ter sua falência decretada. Seria o caso,

¹²⁴ Art. 5º, inciso XLVII da Constituição da República de 1988: *“não haverá penas: [...] b) de caráter perpétuo”*.

¹²⁵ Sobre a reabilitação penal traz o Código Penal Brasileiro:

“Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.

Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.

Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:

I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;

II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;

III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida”.

por exemplo, de um devedor que possua patrimônio, mas não consegue alienar este patrimônio a tempo de arcar com as obrigações, o que resultará em uma crise de liquidez. Ou do devedor que tem o valor depositado em banco, mas este valor se encontra bloqueado, seja por decisão judicial ou por trâmites burocráticos de liberação de carta de crédito advinda de contrato de câmbio ou qualquer outro motivo, o que resultará em indisponibilidade financeira para arcar com suas obrigações.

Deve a petição inicial ser acompanhada, também, da certidão de inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis do ato constitutivo atualizado, ou seja, do requerimento de empresário e todas as alterações, se o devedor for empresário, ou do estatuto ou contrato social e todas as alterações, se o devedor for sociedade empresária. Se não constar no ato constitutivo, a inicial deverá ser instruída, ainda, com o instrumento que nomeou os administradores.

Manteve, também, a obrigatoriedade de se apresentar as principais demonstrações contábeis, aumentando esta exigência para os três últimos exercícios sociais, além das demonstrações especialmente levantadas para instruir o pedido de recuperação. Tem o devedor que apresentar, juntamente com a petição inicial, os balanços contábeis dos últimos três anos e o balanço especialmente levantado na época do pedido; a demonstração dos resultados acumulados dos três anos anteriores e a do último exercício. A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, também passou a exigir a apresentação do relatório gerencial do fluxo de caixa e sua projeção.

Trata-se aqui da chamada *Demonstração de Fluxo de Caixa*, que procura explicitar, também em formato contábil, qual a origem e o valor de todos os recursos financeiros que aportaram ao patrimônio do empresário e qual foi a destinação dada a todos os recursos financeiros que deixaram o patrimônio do empresário. (PIMENTA, 2006, p. 110).

A demonstração de fluxo de caixa não é documento que reflete apenas o passado financeiro do devedor. Deve projetar, também, a previsão de receitas e despesas para o futuro. A Lei não especificou o período em que a projeção deve ser feita. Como a recuperação dar-se-á no prazo fixado no plano de recuperação judicial, a projeção do fluxo de caixa deve ser pelo menos pelo período previsto neste plano.

Todos os documentos contábeis devem permanecer à disposição do juízo e do administrador judicial. Os outros interessados deverão ter autorização judicial para ter acesso aos documentos contábeis. Se entender necessário, o juiz poderá determinar que os

documentos contábeis sejam depositados em cartório nos originais ou cópias, para facilitar o exame dos mesmos.

Na esteira do tratamento especial previsto na Constituição da República — tal como previsto no artigo 146, inciso III, alínea d; artigo 170, inciso IX; e artigo 179 —, a Nova Lei de Falências permite que as microempresas e empresas de pequeno porte apresentem os livros e escriturações contábeis de forma simplificada nos termos da legislação específica aplicável a estas empresas. O plano especial de recuperação para as microempresas e empresas de pequeno porte será mais bem explicado no tópico 4.4, mais à frente.

Manteve-se a exigência de apresentação da relação nominal de todos os credores, com endereço de cada um, natureza, classificação, vencimento e valor atualizado do crédito, exigindo que fosse discriminada a origem do crédito, bem como os registros contábeis correspondentes às transações ainda pendentes. A Lei traz expressamente a necessidade de listar as obrigações de fazer e de dar que se encontrarem pendentes de cumprimento.

Exigência nunca antes vista pelo direito concursal brasileiro e agora requisito para o pedido de recuperação é a apresentação da relação de todos os empregados, com a função de cada um e todos os valores a que tenham direito. Deve ser especificado qual a natureza da parcela devida aos empregados, se advinda de salário, indenização ou outras verbas trabalhistas, e qual o mês de competência.

Exige, ainda, a Nova Lei de Falências, que seja apresentada relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor.

A finalidade é proporcionar aos credores o exame de algumas hipóteses de outorga de garantias reais ou fidejussórias pelos sócios, acionista controlador ou administradores da sociedade requerente. Se, por exemplo, o acionista controlador da companhia que explora a empresa em crise possui, em seu patrimônio, um bem que pode ser dado em garantia na obtenção de empréstimo bancário, essa é uma alternativa que somente se pode verificar quando prestada aos credores a informação correspondente. (COELHO, 2005, p. 148).

Com a relação de bens de administradores e sócio controlador, os credores podem entender melhor os fins para os quais a sociedade devedora estava sendo utilizada. Se há aumento injustificado do patrimônio dos administradores ou sócio controlador em detrimento de redução do patrimônio da sociedade, não é justo que os credores sejam prejudicados, recebendo diferentemente do que foi acordado com a sociedade devedora. Fábio Ulhoa Coelho (2005) ressalta que a Constituição da República de 1988 garante a inviolabilidade da

intimidade e da vida privada¹²⁶, não tendo como forçar os administradores ou sócio controlador a apresentarem a relação de seus bens particulares. Porém, em caso de negativa destes, podem os credores não aprovarem o plano de recuperação, situação que levará invariavelmente à decretação da falência.

É exigência nova, também, a apresentação dos extratos bancários atualizados de todas as contas e investimentos que o devedor possui.

As certidões de protestos dos cartórios do domicílio ou sede do devedor e de todos os lugares em que mantiver filiais devem ser apresentadas com a inicial, assim como a relação de todas as ações judiciais em que o devedor for parte, com a estimativa dos valores demandados.

4.2. Meios de recuperação judicial

A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, traz os meios de recuperação judicial em seu artigo 50. A recuperação judicial pode dar-se através da concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas e vincendas. Neste ponto é que podem surgir recuperações semelhantes às condições impostas na concordata que era prevista no Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Há de se ressaltar que a recuperação judicial não é mais apenas um favor legal que independe da anuência dos credores, bastando o preenchimento dos requisitos legais. A atual Lei de Falências prevê a necessidade de concordância dos credores. Assim, a recuperação passa a ter natureza contratual como antes do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Com a concordância dos credores, nada impede que o plano de recuperação seja nos termos do Decreto-Lei anterior, ou seja, que conceda prazo para pagamento — semelhante à concordata dilatória — ou que conceda abatimento no valor a ser pago — semelhante à concordata remissória — ou os dois — como na concordata mista.

Outra forma de recuperação são as operações societárias. O plano de recuperação pode propor a cisão, incorporação, fusão ou transformação da sociedade devedora, bem como a constituição de subsidiária integral ou a cessão de cotas ou ações. Sempre respeitando os

¹²⁶ Art. 5º, inciso X, da Constituição de República de 1988: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

direitos dos sócios minoritários. Ressalta Ricardo Negrão (2005, p. 182) que estas formas de recuperação não são novidades no direito brasileiro, já tendo sido previstas no Decreto-Lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987:

Seguindo a moderna direção traçada a partir do Decreto-Lei n. 2.321/87, que em seu art. 11¹²⁷, arrolou seis possibilidades de propostas a serem apresentadas pelo conselho diretor de instituições financeiras privadas e públicas não federais, visando à continuação das atividades ou ao aproveitamento de recursos produtivos de entidades submetidas a regime de administração especial temporária (transformação, incorporação, fusão, cisão, transferência do controle acionário e desapropriação de capital) [...].

Abaixo se seguem breves linhas sobre cada uma das operações societárias listadas pela Nova Lei de Falências.

Na cisão da sociedade empresária, esta transfere parte de seu patrimônio para uma ou mais sociedades. Se a cisão for total, todo o patrimônio da sociedade é transferido, deixando de existir a sociedade cindida. Se a cisão for parcial, a parte do patrimônio que sairá da cindida transferir-se-á para outra sociedade¹²⁸.

A incorporação acontece quando uma sociedade — incorporada — é absorvida por outra — incorporadora —, deixando aquela de existir¹²⁹. Na fusão, duas ou mais sociedades se unem para formar uma nova pessoa jurídica, sendo que as sociedades antigas são extintas¹³⁰.

A distinção fundamental entre uma operação de fusão e de incorporação está na circunstância de que na primeira delas a pessoa jurídica que absorve as sociedades fundidas é uma sociedade nova, constituída de fato e de direito no momento da realização da operação. Já na operação de incorporação, a sociedade incorporadora (sucessora das incorporadas em todas as suas obrigações, débitos, créditos, contratos e sócios) preexiste à operação, ou seja, é uma sociedade que já

¹²⁷ Art. 11 do Decreto-Lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987: “À vista de relatório ou de proposta do conselho diretor, o Banco Central do Brasil poderá:

a) autorizar a transformação, a incorporação, a fusão, a cisão ou a transferência do controle acionário da instituição, em face das condições de garantia apresentadas pelos interessados; [...]”.

¹²⁸ Art. 229 da Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976: “A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão”.

¹²⁹ Art. 1.116 do Código Civil de 2002: “Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos”.

Art. 227 da Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976: “A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”.

¹³⁰ Art. 1.119 do Código Civil de 2002: “A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações”.

Art. 228 da Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976: “A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações”.

se constituíra anteriormente e que, desde logo, já contava com seus próprios sócios, bens, débitos e créditos, mas passa, a partir da incorporação, a funcionar acrescida dos bens, débitos, créditos, contratos e sócios das incorporadas. (PIMENTA, 2006, p. 246).

Na transformação acontece uma mudança de tipo societário sem que a sociedade se extinga¹³¹. A subsidiária integral é a pessoa jurídica constituída sob a forma de sociedade anônima em que todas as ações pertencem somente a um único sócio¹³². Na cessão de cotas ou ações, estas são transferidas para outra pessoa, o que, em regra, significa a transferência do controle da sociedade devedora ou de boa parte das ações com direito a votos a ponto de influenciar nas tomadas de decisões.

O plano de recuperação poderá explorar qualquer das operações societárias, bem como utilizar mais de uma delas, a fim de retomar a estabilidade econômico-financeira do devedor em dificuldade. Também deve, o plano de recuperação judicial, regular as relações com os credores, pois em todas as operações societárias a responsabilidade perante credores é transferida para a sociedade sucessora.

Outra opção é a substituição dos administradores do devedor em comum acordo com os credores. A substituição pode ser total ou parcial ou, ainda, modificação na estrutura dos órgãos de administração, na tentativa de modificar a forma em que o devedor está sendo administrado, para que possa vencer a crise em que se encontra. Também pode ser dado aos credores o direito de eleição de administradores e o poder de veto de determinadas matérias que o plano trazer.

Se ficar previsto o aumento de capital, deve ser especificada a forma que esse aumento se dará. Se o aporte será dos próprios sócios ou se será capital de terceiro, sendo que, neste caso, deverá explicar quem são estes terceiros e quais as suas condições para investir no devedor.

A Nova Lei de Falências prevê, também, a transferência ou arrendamento do estabelecimento do devedor. Neste caso, pode ser de qualquer estabelecimento ou de todos eles. Deve ser detalhado o período em que a transferência ou arrendamento se dará e quem serão os destinatários, que podem ser até mesmo sociedade constituída pelos empregados do devedor.

Abrindo exceção à legislação trabalhista a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, permitiu até mesmo a redução de salários, que pode vir ou não seguida de redução da

¹³¹ Art. 220 da Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976: “A transformação é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro”.

¹³² Art. 251 da Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976: “A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira”.

jornada de trabalho e compensação de horários dos empregados. Em qualquer das hipóteses é indispensável a participação do sindicato dos empregados, para que seja celebrado acordo ou convenção coletiva¹³³. O objetivo maior seria a preservação dos empregos. Assim, a Nova Lei de Falências permitiu aos empregados, através de seus sindicatos, sacrificarem parte de seus benefícios para que possam manter seus postos de trabalho ou, pelo menos, grande parte destes postos. *“Trata-se de compartilhar o insucesso empresarial com o pessoal empregado, como meio auxiliar de poupança de numerário para fazer frente aos débitos assumidos”* (FAZZIO JÚNIOR, 2005, p. 149).

O devedor pode celebrar dação em pagamento¹³⁴ ou novação¹³⁵ das dívidas, podendo lhe ser exigida garantia própria ou de terceiros. Os credores podem constituir sociedade para receber do devedor ou até mesmo assumir a atividade desenvolvida pelo devedor.

Pode ser realizada a venda de bens do devedor. Se o bem a ser vendido for objeto de garantia real, a supressão ou substituição de tal garantia só será permitida se com o expreso consentimento do titular do crédito. Nem mesmo a aprovação da assembléia-geral de credores pode suprir a permissão do credor.

A negociação dos encargos financeiros relativos aos débitos também é possível. Hipótese em que o termo inicial da redução será a data de distribuição do pedido de recuperação.

É permitido, ainda, o usufruto da empresa; administração compartilhada da sociedade devedora; emissão de valores mobiliários para quitar os débitos; e a constituição de sociedade com propósito específico para adjudicar os ativos do devedor em troca dos créditos.

Sociedade de propósito específico é a sociedade constituída para um fim determinado. No caso, destinada a adjudicar o ativo do devedor.

Adjudicação é o ato judicial pelo qual os bens do devedor são transmitidos aos credores. É o ato judicial pelo qual se dá ao credor a posse de certos bens. (ALMEIDA, 2005a, p. 311).

¹³³ Art. 611 da Consolidação das Leis do Trabalho: *“Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967).”*

§ 1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho. (Parágrafo único renumerado pela Lei nº 2.693, de 23.12.1955 e alterado pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)”.

¹³⁴ O conceito de dação em pagamento é apresentado pelo art. 356 do Código Civil de 2002: *“O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida”*.

¹³⁵ Art. 360 do Código Civil de 2002: *“Dá-se a novação:*

I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior;

II - quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor;

III - quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este”.

Assim, a sociedade seria constituída entre os credores, com a finalidade específica de receber os bens do devedor para quitar suas dívidas. Cada credor teria participação na sociedade proporcional a seu crédito. Tal se assemelha à concordata por abandono, na qual o devedor entregava seus bens — todos ou parte deles — à massa de credores, para que fossem vendidos e quitado o passivo¹³⁶.

A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, não trouxe um rol taxativo, deixando aberta a negociação entre devedor e credores. Porém, estipulou alguns limites para a negociação, como é o caso da indexação dos créditos em moeda estrangeira. Mesmo que a maioria dos credores concorde em modificar o indexador, a modificação só será válida com a aprovação expressa do credor titular do respectivo crédito.

4.3. Plano de recuperação judicial

O plano de recuperação deve ser apresentado pelo devedor em até sessenta dias após a publicação que determinar o processamento da recuperação judicial. A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, traz que este prazo é improrrogável e o não cumprimento resultará na decretação da falência.

O plano é de fundamental importância no processo de recuperação. Deve ser concebido por equipe multidisciplinar composta por profissionais da área econômica, jurídica e pelos administradores do devedor. Todos em esforço conjunto para construir um plano que possa reerguer o devedor e convencer os credores que o plano de recuperação é viável.

A recuperação de uma empresa em crise econômico-financeira certamente está entre os institutos mais dependentes da coordenação de esforços entre profissionais de diferentes áreas. O auxílio de pessoas ligadas à administração de empresas, contabilidade e economia é de imprescindível valia na realização de uma tarefa que está longe de se esgotar nas previsões legais.

Ao jurista cumpre balizar o trabalho dos profissionais de outras áreas, tornando de seu conhecimento quais são os interesses a serem respeitados na recuperação da empresa e os limites e exigências estabelecidos pelo ordenamento jurídico. (PIMENTA, 2006, p. 182).

¹³⁶ Sobre a concordata por abandono ver item 2.2.

Ressaltam Donald Mac Nicol e Murchel Badih Sanna (In: MACHADO, 2005) que a pessoa que for conduzir a negociação com as várias categorias de credores deve participar da confecção do plano e ter pleno conhecimento do mesmo. O negociador terá que convencer os credores da viabilidade econômico-financeira do plano e da possibilidade que estes credores têm de receber seus créditos da forma disposta. O conhecimento do negociador a respeito do plano possibilitará que este solucione quaisquer dúvidas dos envolvidos e permitirá a análise de outras soluções eventualmente apresentadas pelos credores.

O plano terá que especificar detalhadamente quais os meios de recuperação. As formas de recuperação previstas na Nova Lei de Falências foram expostas no item anterior, mas vale ressaltar que o rol não é taxativo. Pode o devedor utilizar-se de vários meios ou, até mesmo, apresentar outra forma mais viável para a recuperação econômico-financeira. Além de trazer a explicação detalhada do meio de recuperação, o devedor ainda deverá apresentar o plano de maneira resumida, destacando seus principais pontos, a fim de facilitar o exame por parte dos credores.

O plano de recuperação buscará a solução da crise pela qual passa o devedor. Mas é de fundamental importância, também, que o plano se preocupe com o pagamento dos credores, pois são estes que aprovarão ou não o plano em assembléia. O plano de recuperação da Parmalat Brasil S/A – Indústria de Alimentos trouxe, já em seu primeiro tópico, a importância social da empresa, bem como a preocupação em atender aos vários credores, a fim de que fosse superada a crise. A sociedade se encontrava em concordata preventiva e teve sua recuperação judicial deferida após a aprovação do plano pela assembléia-geral de credores.

O PLANO tem por objetivo viabilizar, nos termos da LFRE¹³⁷, a superação da crise econômico-financeira da PA¹³⁸, preservando sua função social na comunidade brasileira e mantendo sua condição de entidade geradora de bens, recursos, empregos (diretos e indiretos) e tributos, preservando, dessa forma, inclusive, a atividade econômica das bacias leiteiras de mais de 360 municípios espalhados pelas cinco regiões do País em que atua. O presente PLANO procura atender, precipuamente, os interesses de seus credores, estabelecendo a fonte de recursos e o cronograma dos pagamentos que lhes são oferecidos. (PARMALAT BRASIL S/A – INDÚSTRIA DE ALIMENTOS, 2005, p. 2).

A viabilidade econômica da empresa deverá ficar muito clara no plano, que virá acompanhado de laudo econômico-financeiro e da avaliação dos bens e ativos do devedor. O laudo econômico-financeiro e a avaliação deverão ser subscritos por profissional competente

¹³⁷ LFRE: Lei de Falências e Recuperação de Empresas (Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005).

¹³⁸ PA: sigla utilizada no plano de recuperação para designar a empresa Parmalat Brasil S/A – Indústria de Alimentos.

ou empresa especializada, isto para evitar que o próprio devedor faça a avaliação, com a tendência de supervalorizar os bens.

Após a apresentação do plano, o juiz determinará a publicação de edital para avisar aos credores que o plano encontra-se à disposição e fixará o prazo para apresentação de objeções.

O plano de recuperação judicial terá efeito de novação de todos os créditos anteriores ao pedido e valerá para todos os credores. O efeito da recuperação é mais abrangente que o da concordata, pois esta submetia apenas aos credores quirografários, enquanto a recuperação poderá envolver credores de várias classes, como será mais bem explicado no item 4.11. Em relação aos créditos com garantia real, para que o plano lhes retire tal garantia, terá que haver a anuência expressa destes credores, como já exposto no item anterior.

O § 1º do artigo 59 traz que “*a decisão judicial que conceder a recuperação judicial constituirá título executivo judicial [...]*”. Além de repetir a palavra judicial três vezes na mesma sentença, o dispositivo parece querer destacar a força cogente da decisão sobre todos os credores, pois qualquer decisão judicial pode ser executada, mesmo que coercitivamente, através do órgão judicante.

Dentro dos limites impostos pela Nova Lei de Falências, o devedor está livre para apresentar qualquer plano de recuperação. Porém, se este plano não tiver a qualidade técnica para provar sua viabilidade, dificilmente será aceito pelos credores e a rejeição do plano implica em decretação obrigatória da falência.

4.4. Plano de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte

Mais uma vez condizente com o Texto Constitucional, a Nova Lei de Falências prevê um plano de recuperação judicial diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte. O plano é voltado para os credores quirografários, podendo as dívidas ser parceladas em até trinta e seis prestações mensais. As parcelas serão corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de doze por cento ao ano. O primeiro pagamento tem que ser feito em até cento e oitenta dias, contados da data de ajuizamento do pedido de recuperação. O devedor optante por tal plano precisará de autorização do juiz para aumentar despesas ou contratar empregados. O inciso IV do artigo 71 da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, dispõe que o juiz deverá ouvir o administrador judicial e o Comitê de Credores antes de permitir o aumento de despesas ou a contratação de empregados. Porém, o artigo 26 da

mesma Lei traz que o Comitê de Credores deverá ser composto por um representante indicado pela classe de credores trabalhistas, um representante indicado pela classe de credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais e um representante indicado pela classe de credores quirografários e com privilégios gerais¹³⁹. Acontece que o plano especial de recuperação só envolve a classe de credores quirografários. Apesar da permissão legal prevista no § 1º do artigo 29 da Nova Lei de Falências de o Comitê de Credores poder funcionar com menos de três integrantes, não seria viável eleger um Comitê composto por um único membro.

É que nos parece incompatível a existência de “comitê” composto por um único representante, oriundo da classe de credores quirografários.

Há, assim, uma aparente impropriedade legislativa, ao exigir a manifestação do Comitê de Credores sem delinear outra forma de sua constituição que não a prevista no art. 26. (NEGRÃO, 2005, p. 204).

Diante desta inviabilidade de composição do Comitê de Credores, restará ao juiz, em praticamente todos os casos, ouvir o administrador judicial. O juiz não está vinculado à opinião do administrador judicial, mas como este acompanha de perto a situação econômica do devedor e o desenvolvimento do plano de recuperação, a opinião do administrador judicial terá sempre muita relevância para o convencimento do juiz.

Todos os outros créditos não quirografários não são submetidos ao plano especial de recuperação, assim não são atingidos por este, nem mesmo no que diz respeito à prescrição.

Ao contrário do rol trazido no artigo 50 da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, as opções do devedor que escolher pelo plano de recuperação especial não são múltiplas. Todas as condições do plano especial de recuperação judicial são trazidas pelo artigo 71 da Nova Lei de Falências¹⁴⁰. Não tem o devedor a possibilidade de utilizar o plano parcialmente. Assim, o devedor não poderá parcelar além do número limite de pagamentos que a Lei fixou em trinta e seis prestações mensais e nem querer que créditos não quirografários sejam envolvidos no plano especial de recuperação. Porém, duas perguntas

¹³⁹ Sobre Comitê de Credores ver item 4.8.

¹⁴⁰ Art. 71 da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005: “O plano especial de recuperação judicial será apresentado no prazo previsto no art. 53 desta Lei e limitar-se-á às seguintes condições:

I – abrangerá exclusivamente os créditos quirografários, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais e os previstos nos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

II – preverá parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 12% a.a. (doze por cento ao ano);

III – preverá o pagamento da 1ª (primeira) parcela no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da distribuição do pedido de recuperação judicial;

IV – estabelecerá a necessidade de autorização do juiz, após ouvido o administrador judicial e o Comitê de Credores, para o devedor aumentar despesas ou contratar empregados”.

devem ser respondidas: (1^a) Pode o devedor apresentar, no plano, frequência de pagamento menor que a mensal? (2^a) Os juros propostos podem ser maior que os doze por cento previstos na Lei?

Para as duas perguntas as respostas são afirmativas. Apesar de a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, trazer que as parcelas são mensais, nada impede que o devedor se proponha a pagar em menor periodicidade, como, por exemplo, em setenta e duas parcelas quinzenais. Neste caso, não se vê nenhum prejuízo aos credores, pois acontece, simplesmente, a divisão do valor que receberiam uma vez por mês em dois pagamentos, não lhes sendo imputado nenhum prejuízo, muito pelo contrário, serão pagos em frequência maior que a estabelecida pela Lei. Do mesmo modo se dá com os juros. A Nova Lei de Falências prevê juros de doze por cento ao ano. Suponha-se que o devedor ofereça no plano especial de recuperação judicial o pagamento de juros de quinze por cento ao ano para agradar mais aos credores e evitar que estes interponham objeções que possam vir a resultar na decretação da falência. Outro caso em que não está sendo imputado nenhum prejuízo aos credores. Se o plano demonstrar a viabilidade da empresa, mesmo pagando juros além do estipulado pela Lei, não tem porque não aceitá-lo como plano de recuperação judicial.

O juiz poderá conceder a recuperação judicial sem ouvir os credores em assembleia-geral, desde que os requisitos legais sejam preenchidos. Isso permite redução no custo do processo de recuperação para as microempresas e empresas de pequeno porte que não dispõe de grande volume de capital capaz de arcar com despesas vultosas de convocação e instalação de uma assembleia-geral.

Admite-se, todavia, que o processo de recuperação judicial pode tornar-se excessivamente oneroso para algumas empresas, principalmente no que tange aos custos para a convocação e realização de uma assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação. Entendemos indispensável a previsão de um plano simplificado e preestabelecido na lei para a recuperação judicial de micro e pequenas empresas, que dispense a aprovação da assembleia geral de credores e, assim, reduza a onerosidade do processo. (TEBET, 2004, p. 17868).

Assim, para as microempresas e empresas de pequeno porte, não há a necessidade de concordância dos credores em assembleia-geral. Apesar de não haver a necessidade de assembleia-geral, se houver objeções de credores titulares de mais da metade dos créditos quirografários, deve o juiz julgar improcedente a recuperação e decretar a falência da microempresa e empresa de pequeno porte. Portanto, não ficou de tudo afastada a anuência dos credores, apenas houve uma simplificação no trâmite do processamento da recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte.

Microempresa e empresa de pequeno porte são conceitos definidos atualmente pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. A Lei Complementar revogou expressamente a Lei Federal nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, e a Lei Federal nº 9.841, de 05 de outubro de 1999¹⁴¹. Assim, consideram-se microempresas os empresários ou sociedades empresárias que tenham faturamento de até duzentos e quarenta mil reais por ano. Empresas de pequeno porte são as que faturam mais que duzentos e quarenta mil, com o limite máximo de faturamento de dois milhões e quatrocentos mil anuais¹⁴².

Há de se ressaltar que a referida Lei Complementar, apesar de determinar sua entrada em vigor a partir da publicação, ressaltou que a mudança no regime tributário e as revogações da Lei Federal nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, e da Lei Federal nº 9.841, de 05 de outubro de 1999, só aconteceriam a partir de 1º de julho de 2007¹⁴³. Portanto, até a referida data, o regime de tributação a ser aplicado às microempresas e empresas de pequeno porte é o da legislação anterior, mas conceitualmente, pode-se afirmar que microempresa e empresa de pequeno porte já são definidas pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. O que significa que, para efeito conceitual para aplicação da Nova Lei de Falências, a partir de 14 de fevereiro de 2006, há de ser aplicado o disposto na referida Lei Complementar.

A Nova Lei de Falências deixa bem claro que este plano especial de recuperação é uma opção para as microempresas e empresas de pequeno porte. E para exercer esta opção judicialmente o devedor tem que deixar bem claro sua intenção na petição inicial. Se a escolha não for manifestada na inicial, mesmo que o devedor seja microempresa ou empresa de pequeno porte, será processada a recuperação nos termos gerais da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, sem o direito de conversão para o plano especial após o ajuizamento do pedido. As demais regulamentações do processamento do plano especial serão as previstas para o plano geral de recuperação judicial.

¹⁴¹ Art. 89 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006: “Ficam revogadas, a partir de 1º de julho de 2007, a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e a Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999”.

¹⁴² Art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006: “Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I – no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

II – no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais)”.

¹⁴³ Art. 88 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006: “Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, ressalvado o regime de tributação das microempresas e empresas de pequeno porte, que entra em vigor em 1º de julho de 2007”.

4.5. Procedimento da recuperação judicial

Atendendo o devedor a todos os requisitos da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, e sendo a petição inicial instruída com todos os documentos, o juiz deve deferir o processamento da recuperação judicial. Após este deferimento, para o devedor desistir do pedido, terá que ter a anuência da assembléia-geral de credores.

No mesmo ato que deferir a recuperação judicial o juiz nomeará o administrador judicial, determinará a dispensa para apresentação de certidões negativas para o devedor exercer suas atividades, ordenará a suspensão das ações e execuções contra o devedor, determinará que o devedor apresente demonstrativos mensais de suas contas e determinará a intimação do Ministério Público e das Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal.

O administrador judicial será mais bem analisado no item 4.7. A dispensa de apresentação de certidões negativas não abrange a contratação com o Poder Público e nem valem para a obtenção de incentivos fiscais ou contratação de crédito. Com essas limitações à dispensa de certidões negativas, pouca utilidade tem para o devedor, já que a principal utilidade de tais certidões é a contratação com o Poder Público. Eduardo Gourlat Pimenta (2006, p. 112-113) expõe que a recuperação judicial envolve interesses externos à empresa, inclusive do Governo. Salienta o autor:

Esta exceção contraria frontalmente a própria idéia de recuperação de empresas. Como salientado, o procedimento de recuperação é feito com a colaboração de interesses intra e extra-empresariais. De estranhar que o Poder Público imponha aos particulares a negociação com o devedor sem a apresentação de certidões negativas, mas, concomitantemente, recuse-se a aceitar este mesmo devedor como possível contratante e negue-lhe o direito a benefícios ou incentivos de ordem fiscal. As limitações impostas em função da recuperação a sócios, administradores, credores e empregados não se estendem ao Fisco?

Além de limitar a desnecessidade de certidões, a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, através do artigo 57, exige que o devedor apresente as certidões negativas tributárias após a aprovação do plano de recuperação pela assembléia-geral de credores. No caso do plano de recuperação especial previsto para as microempresas e empresas de pequeno porte, como não tem a exigência de aprovação pela assembléia-geral, o prazo é após os trinta dias que os credores têm para apresentar objeções. Assim, a dispensa das certidões, além de

limitada, é apenas até uma destas datas, pois após, a Lei exige que as certidões sejam juntadas aos autos da recuperação judicial.

A exigência de apresentação das certidões negativas deu origem a fortes críticas, pois, em regra, o devedor que se socorre da recuperação judicial já está em débito com as Fazendas Públicas e não terá condições de apresentar as certidões, como destaca Luiz Antônio Caldeira Miretti (In: MACHADO, 2005, p. 276):

Afigura-se totalmente contraditória a previsão do artigo 57, diante da possibilidade de continuidade das atividades do devedor, e com a própria essência da recuperação judicial, pois a necessidade de apresentação das certidões de débitos tributários pode inviabilizar a recuperação judicial da empresa, e após todo o procedimento ocorrido até a aprovação do plano de recuperação pela assembléia-geral de credores, poderá tornar sem efeito aquilo que já foi realizado no processamento da recuperação.

Cabe mencionar que a empresa que vier a necessitar da recuperação judicial para buscar a adequação de seu passivo à continuidade das atividades, através de uma forma possível de saldar sua inadimplência perante credores, e considerando que na quase totalidade das empresas no país, detentoras de volumoso passivo, um dos componentes que mais contribuem para tal situação é o débito tributário, não faz qualquer sentido exigir-se certidões negativas para a realização da recuperação judicial, pois certamente não será possível o cumprimento deste requisito para quem tem, entre seus principais credores, o Fisco.

Sem dúvida que é o Estado um dos maiores interessados na recuperação do devedor. Como já dito, a recuperação judicial tem como escopo manter a fonte produtora — e, em decorrência, o pagamento dos impostos —, manter os postos de trabalho, diminuir os prejuízos dos credores e manter a função social da empresa. Ora, é do interesse do Poder Público todos estes objetivos. Mantendo-se a fonte produtora, o Governo não perde um contribuinte; mantendo os postos de trabalho, evita o aumento do número de desempregados; diminuindo o prejuízo dos credores, evita-se uma crise econômica de maiores proporções; e mantendo-se a função social da empresa, esta poderá continuar a beneficiar a comunidade na qual se insere.

Como já dito incansavelmente, o Estado deveria ser o maior interessado na recuperação da empresa e dar a maior parcela de contribuição, pois com a sobrevivência da empresa será mantida uma fonte pagadora de tributos, geradora de empregos e responsável pela circulação de riquezas, além do interesse do Estado em zelar pela proteção do crédito. (MANDEL, 2005, p. 129).

O judiciário, em recentes julgados, vem evocando os objetivos e princípios da Nova Lei de Falências para decidir no sentido de dispensar os devedores que requerem a recuperação judicial de apresentar as certidões negativas tributárias:

Como amplamente demonstrado nos autos, a começar pela petição da PARMALAT BRASIL S/A – INDÚSTRIA DE ALIMENTOS (fls. 5623/5649), a exigência das certidões negativas, como pressuposto de admissibilidade para concessão da recuperação judicial, aprovada pelos credores a ela sujeita, não podendo, portanto, prevalecer o óbice do art. 57 da Lei n. 11.101/05, pois afronta os princípios que regem o instituto da recuperação judicial, regulado pela mesma lei, bem como a própria Constituição Federal. (SÃO PAULO, TJSP. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Capital. Processo nº 583.00.2005.068090, 2006).

Como amplamente demonstrado nos autos, a começar pela petição da VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO SOCIEDADE ANÔNIMA – VASP, a exigência das certidões negativas, como pressuposto de admissibilidade para concessão da recuperação judicial, aprovado pelos credores a ela sujeita, não pode prevalecer, a despeito do art. 57 da Lei n. 11.101/05, pois afronta os princípios que regem o instituto da recuperação judicial, regulado pela mesma lei, bem como a própria Constituição Federal. [...]

Assim, acrescente-se outros dois enfoques sobre os mesmos aspectos, ou seja, (a) não há interesse econômico e (b) não há interesse jurídico, pois os créditos tributários não estão sujeitos a modificação de valor (ausência do interesse econômico) ou impossibilidade de serem exigidos (ausência de interesse jurídico). (SÃO PAULO, TJSP. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Capital. Processo nº 583.00.2005.070715-0, 2006).

Vale mencionar, ainda, mais duas decisões judiciais no mesmo sentido de dispensa da necessidade de apresentar as certidões negativas no processo de recuperação judicial. A primeira, pelo pioneirismo que apresenta no território nacional após a promulgação da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, é a decisão nos autos 390/2005, do juiz Luiz Henrique Miranda, da 1ª Vara Cível de Ponta Grossa, na recuperação judicial da sociedade Wosgrau Participações Indústria e Comércio Ltda., proferida em 02 de dezembro de 2005. E a outra, pela repercussão em todo o território nacional e até mesmo internacional, já que envolve leasing de aviões de companhias americanas, além da forte cobertura da imprensa, é a decisão nos autos nº 2005.001.072887-7, do juiz Luiz Roberto Ayoub, da 8ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, na recuperação judicial da VARIG S/A – Viação Aérea Riograndense, proferida em 28 de dezembro de 2006. Nesta decisão, afirma o meritíssimo juiz:

Assim, considerando o interesse público revelado pelo princípio da preservação da empresa, inserto no art. 47 da Lei 11.101/2005; considerando a suspensão de parte dos débitos tributários da 1ª requerente; considerando que a 1ª requerente é potencial credora da União de importância aproximada de R\$ 4 bilhões; considerando a ausência de lei disciplinadora do parcelamento de débitos tributários de empresas em recuperação, não faz sentido impedir a possibilidade das requerentes de se reorganizarem por falta de certidão negativa de débitos fiscais. (RIO DE JANEIRO, TJRJ. 8ª Vara Empresarial da Capital. Processo nº 2005.001.072887-7, 2005).

A União Federal, sentindo-se prejudicada pela dispensa das certidões negativas, ajuizou agravo de instrumento como terceiro interessado para ver reformada a decisão, mas não obteve sucesso. Os desembargadores entenderam que a união não tinha interesse de agir, já que os créditos tributários não estão sujeitos à recuperação judicial, em acórdão que ficou assim ementado:

Comercial e Processual Civil. Agravo de instrumento interposto pela União Federal contra decisão que concedeu a recuperação judicial às Agravadas e contra a rejeição dos embargos de declaração que se destinavam a sanar vícios nela verificados. Agravante que pretende a reforma da decisão concessiva da recuperação judicial para condicioná-la à apresentação das certidões de regularidade fiscal. Recurso de terceiro prejudicado. Ausência de interesse em recorrer ante a circunstância de que os créditos tributários não estão sujeitos à recuperação judicial, permanecendo intocáveis os seus meios de cobrança. Inteligência do artigo 499, § 2º do Código de Processo Civil e do artigo 6º, § 7º da Lei 11.101/2005. Agravo de instrumento não conhecido. Decisão não unânime. (RIO DE JANEIRO, TJRJ. AI 2006.002.07023, Rel. Des. Ana Maria Oliveira, 2006).

O acórdão acima citado não teve adesão unânime de todos os desembargadores. Votaram a favor da dispensa das certidões a relatora do acórdão, desembargadora Ana Maria Oliveira e o desembargador Paulo Maurício Pereira, ficando vencido o desembargador Jair Pontes de Almeida. A União Federal interpôs recurso especial em 21 de dezembro de 2006, mas até o fechamento deste trabalho não houve o julgamento no Superior Tribunal de Justiça. Aliás, este tribunal ainda não se manifestou sobre a matéria em nenhum processo.

Já está em tramitação, na Câmara dos Deputados, pelo menos dois projetos de lei que buscam a revogação do artigo 57 da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005¹⁴⁴. Há de se ressaltar que, apesar das decisões recentes do judiciário, a aplicação do artigo 57 da Nova Lei de Falências ainda é incerta. Se se unificar o entendimento pela aplicação do referido artigo, a recuperação judicial não poderá ser utilizada pela maioria dos empresários e sociedades empresárias com dificuldades econômico-financeiras, pois, em regra, os devedores que necessitam recorrer à recuperação judicial possuem dívidas com Fazendas Públicas. Sem ter uma forma de recuperação que envolva também o passivo tributário, seja um parcelamento ou uma moratória, os devedores não conseguirão comprovar a regularidade fiscal exigida no artigo 57.

As ações e execuções contra o devedor ficarão suspensas pelo prazo de cento e oitenta dias, a contar do despacho que deferir a recuperação. O devedor tem o ônus de comunicar a suspensão aos juízes onde se processam tais ações, devendo juntar, em todos os processos,

¹⁴⁴ Projeto de Lei nº 6.028/2005 e Projeto de Lei nº 7.636/2006.

cópia da decisão que determinou a suspensão. Neste prazo de suspensão das ações, também, fica suspenso o prazo de prescrição das mesmas. Após o prazo de suspensão as demandas terão continuidade, sem que haja necessidade de autorização do juízo da recuperação. As ações em que o litígio seja por quantias ilíquidas não ficam suspensas, a tramitação continua no juízo de origem até a liquidação do valor devido. Após a liquidação, se ainda estiver no período de suspensão, essas ações ficam aguardando o término de tal período. Assim será, também, com as demandas trabalhistas, que serão apuradas na justiça do trabalho. O valor final apurado na sentença trabalhista deverá ser inscrito no quadro-geral de credores. Antes da decisão final, os juízes das varas em que as ações trabalhistas ou para apuração de valores ilíquidos estiverem em trânsito podem determinar ao juízo da recuperação que seja reservado o valor em discussão para que, após a liquidação, o crédito seja incluído na classe própria.

O credor trabalhista que quiser poderá pleitear perante o administrador judicial a habilitação de seu crédito. Se o administrador judicial reconhecer o crédito trabalhista não há necessidade de demanda judicial. Mas esta é uma opção do credor trabalhista. Se ele optar por ajuizar a ação, a competência até a apuração do valor final é da justiça do trabalho, o que fica bem claro na Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Durante o período de suspensão das ações trabalhistas, os credores poderão requerer ao administrador judicial a habilitação de seus créditos. Porém, mesmo que o crédito já esteja inscrito no quadro-geral de credores, com o fim da suspensão, a demanda trabalhista terá seus trâmites retomados normalmente até decisão final. Manoel Justino Bezerra Filho (2005, p. 63-64), expõe a possibilidade de agilização do processo de recuperação com a apresentação dos créditos ainda em tramitação perante o administrador judicial:

Com vistas à agilização do andamento dos feitos, a lei permite que, durante os 180 dias de suspensão, o administrador judicial, no campo meramente administrativo, fixe o valor que entende ter sido provado como devido a título de débito trabalhista. No entanto, esta inclusão admitida administrativamente não impede, por óbvio, o regular prosseguimento da ação na Justiça especializada do Trabalho, se isto for de interesse do empregado credor ou do empregador.

Como já mencionado anteriormente, a recuperação judicial não atinge em nada o crédito tributário. As execuções fiscais não serão atingidas pelo processo de recuperação judicial, seguindo seus trâmites normalmente, sem nem mesmo serem suspensas pelo prazo previsto na Lei para as outras ações. A Lei Complementar 118, de 09 de fevereiro de 2005, incluiu o parágrafo terceiro ao artigo 155-A do Código Tributário Nacional para prever que *“Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do*

devedor em recuperação judicial". Porém, a referida lei de parcelamento não foi promulgada até a presente dada, o que deixa os créditos fiscais como o maior empecilho à recuperação judicial.

Da mesma forma que o crédito tributário, os créditos decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio para exportação não se submetem à recuperação judicial. Assim, demandas desta natureza em nada serão influenciadas pela recuperação judicial, nem mesmo se suspendem. A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, só previu o vencimento antecipado e conseqüente pedido de restituição destes créditos para o caso de falência. Na recuperação judicial, os créditos não vencem antecipadamente e nem tem o credor direito á restituição. Os contratos permanecem válidos e sem qualquer alteração e, se não forem cumpridos, o devedor deverá recorrer à justiça para receber o seu crédito, mesmo que esteja em curso o processo de recuperação (BEZERRA FILHO, 2005).

Também não se submetem à recuperação os créditos que envolvam direitos de propriedade sobre os bens, tais como créditos advindos de alienação fiduciária, arrendamento mercantil, proprietário ou promitente vendedor cujo contrato contenha cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade. Durante o período de cento e oitenta dias em que ficam suspensas as ações e execuções contra o devedor, as demandas originadas de tais créditos não se suspendem, mas os credores ficam impedidos de vender ou retirar tais bens do estabelecimento do devedor, se se tratar de bens de capital essenciais ao desenvolvimento da atividade do devedor.

O devedor que não apresentar os demonstrativos mensais prescritos no despacho que determinar o processamento da recuperação judicial poderá ter seu administrador destituído. Enquanto perdurar a recuperação judicial, o devedor terá que apresentar mensalmente os demonstrativos. A ausência dos demonstrativos não poderá ser causa de revogação da recuperação judicial, posto que a Lei prevê como pena, exclusivamente, a destituição dos administradores do devedor.

O despacho que determinar o processamento da recuperação judicial deverá determinar a intimação do Ministério Público. Como já exposto alhures, a participação do Ministério Público não é obrigatória. Após a intimação, o Ministério Público deve se manifestar sobre o interesse ou não de participar no processo de recuperação. Se o Ministério Público entender que existe a necessidade de participação no processo, por haver possibilidade de ofensa à ordem pública, ao regime democrático ou a interesses sociais ou

individuais indisponíveis¹⁴⁵, deverá ser intimado de todos os atos. Se entender que não existe a necessidade de participação, só voltará a ser intimado nos casos previsto na Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005¹⁴⁶. Ressalte-se que o desinteresse inicial do Ministério Público não impede que este intervenha a qualquer momento que entender necessário¹⁴⁷.

[...] o veto presidencial ao artigo 4º do projeto, que cuida de intervenção do Ministério Público, é acertado. A atuação desse Órgão não depende de previsão na Lei 11.101/05, mas sim deve ocorrer em todos os casos que envolvam “a defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, conforme o artigo 127 da Constituição Federal. (PROENÇA. In: MACHADO, 2005, p. 72).

A ausência de intimação do Ministério Público quando esta for obrigatória, implica em nulidade do processo a partir do momento em que a intimação teria que ser realizada¹⁴⁸.

A Fazenda Pública Federal e as Fazendas Públicas dos Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento deverão ser comunicadas por carta do deferimento do processamento da recuperação. Se existir estabelecimento no Distrito Federal, deverá ser comunicada, também, a Fazenda Distrital. Apesar dos créditos tributários não participarem da recuperação, a Nova Lei de Falências exige a comunicação às Fazendas Públicas, para que fiquem cientes do processamento. Ressalte-se que, neste despacho de processamento, a recuperação ainda não foi deferida, portanto, os comunicados são de processamento da recuperação judicial e não de deferimento da mesma, que pode vir ou não a ser deferida após a aprovação da assembléia-geral de credores.

O juiz deve ordenar a publicação de edital no órgão oficial, contendo o resumo do pedido de recuperação, a decisão que defere o processamento, a relação dos credores, com nomes dos credores, valor e natureza dos créditos, advertência do prazo de quinze dias a partir da publicação do edital para habilitação dos créditos, além da advertência do prazo de trinta dias contados da publicação da relação de credores promovida pelo administrador judicial para apresentação das objeções ao plano de recuperação¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Art. 127 da Constituição da República de 1988: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

¹⁴⁶ Ver nota 88.

¹⁴⁷ Art. 81 do Código Processo Civil: “O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes”.

¹⁴⁸ Art. 246 do Código Processo Civil: “É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.

Parágrafo único. Se o processo tiver corrido, sem conhecimento do Ministério Público, o juiz o anulará a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado”.

¹⁴⁹ O despacho que deferiu o processamento da recuperação judicial da Parmalat Brasil S/A – Indústria de Alimentos está disponível em <

Dentro do prazo de quinze dias fixados pela Lei e reproduzidos no edital, os credores têm que apresentar suas habilitações ao administrador judicial ou suas divergências quanto aos créditos relacionados no edital. *“Por habilitações deve-se entender o ato pelo qual o credor do empresário pleiteia o reconhecimento judicial de sua condição e sua submissão aos efeitos do processo de recuperação judicial ou falência”* (PIMENTA, 2006, p. 134).

As habilitações ou divergências devem ser apresentadas por meio de petição que contenha a qualificação do credor, bem como o endereço em que receberá as comunicações dos atos do processo de recuperação, o valor do crédito atualizado até a data do pedido de recuperação, a origem e classificação deste, a indicação da garantia prestada pelo devedor — quando esta existir — com comprovação do instrumento que constitui a garantia e especificação do objeto dado em garantia pelo devedor. Todos os documentos apresentados para a comprovação do crédito devem ser exibidos em original ou em cópia autenticada, juntamente com a petição que requerer a habilitação. Se necessárias outras provas além da documental apresentada, o credor deverá especificá-las e justificá-las já na apresentação do pedido de habilitação.

O pedido em que o credor declara seu crédito não se reveste de maiores formalidades, não estando sujeito aos rigores do art. 282 do Código de Processo Civil, mesmo porque, como já se observou, não há de ser, necessariamente, firmado por advogado, podendo, pois, ser articulado pelo próprio credor. (ALMEIDA, 2005a, p. 237).

Portanto, a habilitação, sem necessidade de obediência ao rigor do Código de Processo Civil, será endereçada ao processo de recuperação, mas direcionada ao administrador judicial e não ao juiz, como acontece com as petições apresentadas em juízo. O exame inicial da habilitação será realizado pelo administrador judicial. Somente se houver impugnação é que o crédito irá à apreciação do juiz.

No entanto, aqui, agiu corretamente o legislador, pois, para a simples formação de um quadro de credores, não há mesmo necessidade da jurisdição. Se o administrador, no exercício de seu trabalho, elabora o quadro-geral e todos estão de acordo, tal quadro deve apenas ser apresentado ao juízo para os fins de direito, não havendo qualquer necessidade de decisões do juiz, tendo em vista que todas as partes estão de acordo com a classificação feita e com os valores apontados. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 67).

De posse dos documentos apresentados, juntamente com a documentação do devedor, o administrador fará verificação dos créditos. Sendo necessário, poderá utilizar-se de auxílio de especialistas para a verificação. Após o prazo para habilitação, o administrador judicial terá quarenta e cinco dias para promover a publicação de edital contendo a relação dos credores. O edital indicará, também, o local, horário e prazo comum em que os documentos ficarão à disposição dos interessados para que possam impugnar os créditos listados. Já que a Lei não determinou o local de publicação do edital, este deverá ser publicado no órgão oficial e, se o devedor comportar, em jornal, revista ou outro periódico de circulação regional ou nacional, dependendo da abrangência das atividades do devedor. Aliás, esta é a regra geral sobre publicações a ser aplicada em todos os procedimentos da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que exige, também para a recuperação judicial, que a publicação contenha inscrição “*recuperação judicial de*”, como destaca o parágrafo único do artigo 191.

A impugnação pode ser apresentada no prazo de dez dias contados da publicação do edital com a relação dos credores. Podem apresentar impugnação o Comitê de Credores, o devedor ou seus sócios, o Ministério Público ou qualquer credor individualmente. Na impugnação poderá ser alegada a ausência de qualquer crédito ou a legitimidade, valor ou classificação dos créditos relacionados. O procedimento de impugnação será exposto no próximo tópico.

Os credores que não habilitarem seus créditos dentro do prazo de quinze dias que a Lei lhes reserva não ficam impedidos de promover a habilitação. Existe a previsão da habilitação retardatária, ou seja, feita fora do prazo. Os titulares de créditos retardatários não têm direito a voto na assembléia-geral de credores. Porém, a Lei abriu exceção para o crédito trabalhista, que, apesar de retardatário, continua tendo direito a voto na assembléia-geral, se quando da inclusão no quadro-geral de credores a assembléia não tenha sido ainda realizada. O tratamento diferenciado para o crédito trabalhista é justificado pela hipossuficiência do trabalhador, verificando-se critério de justiça, como destacado por Eduardo Goulart Pimenta (2006, p. 141):

Além disso, os credores retardatários ficam impedidos de votar nas deliberações da assembléia-geral de credores já que os seus participantes são exatamente as pessoas elencadas no quadro-geral de credores. Exceção a esta previsão se aplica aos créditos de natureza trabalhista, que uma vez mais são, com inteira justiça, tratados de forma específica.

Se no momento da habilitação retardatária ainda não houver sido homologado o quadro-geral de credores, a habilitação será recebida como impugnação e processada como

tal. Aqui se trata de processo judicial, sendo indispensável o patrocínio por advogado. Tratar a habilitação retardatária como impugnação faz sentido na sistemática da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, pois, através da impugnação, qualquer credor pode apontar a ausência de seu crédito. A habilitação tardia nada mais é do que a tentativa de se incluir um crédito que ficou ausente da recuperação judicial.

Porém, se os credores deixam passar também a oportunidade de habilitarem seus créditos antes do quadro-geral, não mais poderão utilizar-se do procedimento de impugnação para a habilitação. Após a homologação do quadro-geral de credores, estes terão que utilizar o procedimento ordinário previsto na legislação processual, para requerer a retificação do quadro-geral, incluindo o respectivo crédito. O foro será o da recuperação judicial e o processamento dependerá da forma de crédito que possui o habilitante. Se se tratar de crédito incerto ou ilíquido, deverá seguir todo o procedimento ordinário, sendo o devedor, ao final, condenado a pagar o credor e determinando a reforma do quadro-geral de credores. Se se tratar de crédito líquido, certo e exigível, este será apenas declarado pela sentença no processo de habilitação e incluído no quadro-geral de credores.

Caso existam sócios com responsabilidade ilimitada, os credores destes sócios também devem habilitar seus créditos nos termos da habilitação prevista para os credores da sociedade empresária.

Se não houver nenhuma impugnação de crédito, o juiz deverá homologar a relação publicada pelo administrador judicial como quadro-geral de credores, não necessitando de nova publicação, já que nenhuma alteração foi feita.

A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, determina que o devedor apresente o plano de recuperação no prazo de sessenta dias, contados do despacho que deferir a recuperação judicial. Ressalte-se que o prazo para apresentação do plano não sofre alteração em virtude das habilitações de crédito ou impugnações. A não apresentação do plano implica em decretação de falência. Após o recebimento do plano, o juiz deverá ordenar a publicação de edital avisando aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo de eventuais objeções por parte dos credores.

O prazo para as objeções ao plano de recuperação judicial é de trinta dias. Se no momento da publicação do edital avisando sobre o recebimento do plano de recuperação o administrador judicial já tiver promovido a publicação da relação de credores, o prazo para objeções iniciar-se-á da publicação do aviso de recebimento do plano. Se não tiver sido publicada a relação de credores, o prazo para objeções ao plano de recuperação só se iniciará da publicação desta relação. Tal se deve porque a titularidade para manifestar as objeções é de

qualquer credor, porém para que seja considerado credor na recuperação, é indispensável que esteja relacionado na relação publicada pelo síndico. Assim, mesmo que o plano de recuperação seja apresentado, o prazo para objeções só iniciará após a divulgação dos credores admitidos pelo administrador judicial.

Como o prazo para apresentação do plano de recuperação é extremamente exíguo, 60 dias (art. 53), o parágrafo único do art. 55 já prevê a possibilidade (muito provável, aliás) de não ter sido publicado o aviso previsto no parágrafo único do art. 53, estabelecendo então que, em tal caso, o prazo para as objeções se contará a partir de quando a publicação for efetuada. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 164)

Se for apresentada qualquer objeção ao plano de recuperação, o juiz deverá convocar assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano. A assembléia deverá ser realizada dentro dos cento e cinquenta dias que sucedem ao despacho que determinou o processamento da recuperação. A assembléia tem legitimidade para alterar o plano de recuperação judicial, desde que haja a concordância expressa do devedor e que a alteração não implique em redução exclusiva de direitos dos credores ausentes. Pode, também, a assembléia indicar os membros do Comitê de Credores caso este não tenha ainda sido constituído.

Se a assembléia-geral de credores rejeitar o plano de recuperação judicial, a falência terá que ser decretada. Se aprovar, o plano será juntado aos autos, estipulando a Lei a obrigação do devedor em apresentar as certidões negativas de débitos tributários. Em relação à obrigatoriedade da apresentação das certidões tributárias já foi discutido acima, valendo a pena ressaltar somente que já existem decisões dispensando os devedores da apresentação das certidões fiscais. A obrigação em relação às certidões vale, também, para o caso de não haver objeções ao plano de recuperação.

Não havendo objeções ao plano de recuperação ou tendo sido este aprovado pela assembléia-geral de credores, se o devedor cumpriu as demais exigências legais, o juiz concederá a recuperação judicial do empresário ou sociedade empresária. Mesmo que o plano não seja aprovado pela assembléia-geral de credores, ocorrendo os requisitos do parágrafo primeiro do artigo 58 da Nova Lei de Falências, o juiz poderá conceder a recuperação judicial. Estes requisitos serão analisados no tópico sobre a assembléia-geral de credores.

Concedida a recuperação judicial, se no plano apresentado estiver prevista a alienação judicial de filiais ou unidades produtivas do devedor, o juiz deverá ouvir o administrador judicial e o Comitê de Credores, caso existente, e ordenar a alienação. As formas previstas para alienação são leilão por lances orais, propostas fechadas ou pregão. Em qualquer dos

casos o Ministério Público deverá ser intimado. É necessário, também, que se promova a publicação da alienação em jornal de grande circulação com quinze dias de antecedência, se se tratar de bens móveis ou com trinta dias de antecedência, se bens imóveis ou alienação da empresa. Como a legislação brasileira não conceitua empresa, tem-se, aqui, a empresa como a “*soma de recursos naturais (fator terra), mão de obra (fator trabalho), dinheiro (fator capital) e conhecimentos técnicos (fator tecnologia), para que, devidamente organizados por pessoa física ou jurídica (o empresário), gerem bens ou serviços*” (PIMENTA, 2006, p. 39). A empresa apresenta-se no sentido objetivo, ou seja, tratada como objeto de direito, que pode ser alienada¹⁵⁰. A alienação será realizada para quem oferecer maior valor, mesmo que não se alcance o valor da avaliação do bem. Não se pode esquecer que o Código de Processo Civil não permite a arrematação por preço vil¹⁵¹. A lembrança é de Ricardo Negrão (2005, p. 122):

A lei determina que a venda se faça pelo maior valor oferecido, ainda que inferior ao valor da avaliação (LF, art. 142, § 2º). Pondera-se, contudo, que a venda não poderá ser a preço vil, devendo a regra processual civil servir como limite, valendo-se, ainda, da jurisprudência consolidada sobre a matéria, como, por exemplo, o que consta do Recurso Especial n. 448.575-MA, em que é relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado pela 1ª Turma do STJ, em 26-8-2003 (DJU, 22 set. 2003, p. 263): “Execução – Arrematação – Imóvel – ‘Preço vil’ – Conceito. 1. O conceito de preço vil resulta da comparação entre o valor de mercado do bem penhorado e aquele da arrematação. 2. Em se tratando de arrematação de imóveis, presume-se vil o lance inferior a 50% do valor da avaliação atualizado. O respeito aos arts. 620 e 692 do CPC exige a atualização dos valores dos bens que irão à hasta pública. 3. Recurso provido”.

Quem resolve a forma de avaliação é o juiz, porém a consulta ao administrador e ao Comitê de Credores serve, também, para ajudar a decidir sobre esta forma. Se optar pela realização do leilão, serão aplicadas as regras do Código de Processo Civil. A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, não diferenciou a praça do leilão. Nos termos da legislação processual, a praça é utilizada para alienação de bens imóveis¹⁵² e o leilão para as demais espécies de bens¹⁵³. Apesar da nomenclatura única utilizada pela Nova Lei de Falências, como esta remete para o Estatuto Processual¹⁵⁴, deverão ser aplicadas tais normas,

¹⁵⁰ O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas de Portugal também tem a empresa como objeto de direito, conceituando-se em seu art. 5º nos seguintes termos: “*Para efeito deste Código, considera-se empresa toda organização de capital e de trabalho destinada ao exercício de qualquer actividade económica (sic)*” (PORTUGAL, 2004, p. 1414).

¹⁵¹ Art. 692 do Código de Processo Civil: “*Não será aceito lance que, em segunda praça ou leilão, ofereça preço vil. (Redação dada pela Lei nº 8.953, de 13.12.1994)*”.

¹⁵² Art. 697 do Código de Processo Civil: “*Quando a penhora recair sobre imóvel, far-se-á a alienação em praça*”.

¹⁵³ Art. 704 do Código de Processo Civil: “*Ressalvados os casos de atribuição de corretores da Bolsa de Valores e o previsto no art. 700, todos os demais bens penhorados serão alienados em leilão público*”.

¹⁵⁴ A arrematação é tratada especificamente no Código de Processo Civil pelos arts. 686 a 707.

obedecendo-se as regras estabelecidas para a praça, ou para o leilão, se se tratarem, respectivamente, de bens imóveis ou bens móveis, no que forem condizentes com a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.

Na alienação por propostas fechadas, o juiz marcará prazo para as propostas serem entregues em cartório, por meio de envelopes fechados, que serão abertos no dia, hora e local designados no edital. O ideal é que o juiz marque uma audiência para a abertura dos envelopes em obediência ao princípio da publicidade e para que todos os interessados possam participar. O escrivão lavrará o auto relatando a abertura das propostas, sendo este assinado pelos presentes e juntado com todas as propostas apresentadas no processo de recuperação.

Se a alienação for feita por meio de pregão, este será realizado em duas fases. Na primeira fase, obedece-se as regras das propostas fechadas, porém, após a abertura dos envelopes, os participantes poderão dar seus lances orais. Só serão permitidos lances daqueles que apresentarem em suas propostas fechadas valor não inferior a noventa por cento da maior proposta ofertada. Assim, recebidas as propostas, após a abertura destas, o juiz notificará aos proponentes classificados para comparecer à sessão marcada para o leilão. Nada impede que o juiz determine e publique no edital de divulgação que os lances serão dados na mesma sessão, logo após a abertura dos envelopes. A maior proposta entre os presentes ao leilão será tida como primeiro lance, seguindo-se os lances dos demais participantes. Se o titular da maior proposta não comparecer ao leilão e os lances não alcançarem o valor por ele apresentado, será obrigado a pagar a diferença, valendo a certidão de leilão como título executivo para que o administrador judicial promova a cobrança.

Importante efeito da alienação judicial de filiais ou unidades produtivas do devedor, quando prevista no plano de recuperação judicial, é que o objeto da alienação judicial fica livre de qualquer ônus e não há responsabilidade por sucessão para o arrematante.

Muito embora num primeiro momento pareça ilógica a posição do legislador, a julgar pelo fato de que a sucessão trabalhista e tributária é uma constante no direito brasileiro, a realidade é que se despir a unidade produtiva ou os bens objetos de alienação dos pesados encargos que o mesmo poderia estar a garantir e, ainda, se se der ao adquirente a certeza e segurança jurídica de que ele não sucederá nas dívidas ou encargos de qualquer natureza, os negócios que envolvem a massa falida passam a ser atrativos e com isso se possibilitaria a melhor colocação dos bens, o aumento da demanda e, principalmente, a revitalização de unidades produtivas com o impedimento de dinheiro novo na economia e de postos de trabalho, com o retorno tributário desejado. (SIMÃO FILHO. In: PAIVA, 2005, p. 537).

A responsabilidade por sucessão só não será excluída se a aquisição for feita por sócio do devedor; sociedade controlada pelo devedor; parente, consangüíneo ou por afinidade, do

devedor ou de seus sócios, em linha reta ou colateral até o quarto grau; ou identificado como agente do devedor com o objetivo de fraudar a sucessão. Em todos os demais casos, a responsabilidade por sucessão será afastada.

O prazo máximo para que o devedor continue sobre os efeitos da recuperação judicial é de dois anos, contados da decisão que concedeu a recuperação. Se, dentro deste prazo, o devedor descumprir qualquer obrigação estipulada no plano, poderá ter sua falência decretada. Se o descumprimento se der após o prazo de dois anos, o credor prejudicado escolherá entre a execução específica da obrigação descumprida ou o pedido de falência do devedor, seguindo-se os requisitos estipulados para o pedido de falência.

Em relação às publicações no processo de recuperação, a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, estabelece que na ausência de determinação específica, as publicações devem ser feitas preferencialmente por meio da imprensa oficial. Estabelece, também, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, no que não contrariar a Nova Lei de Falências, para todos os procedimentos de recuperação judicial, extrajudicial ou falência.

4.6. Impugnação aos créditos

No tópico anterior, falou-se brevemente sobre a impugnação dos créditos quando foi explicada a habilitação. Como a Lei determina que a impugnação será autuada em separado, constituindo, assim, autos apartados, preferiu-se explicar o procedimento de impugnação em tópico independente, o que se faz a seguir.

O prazo para a impugnação de qualquer crédito é de dez dias contados da publicação do edital no qual o administrador judicial divulgará os créditos que foram aceitos após as habilitações. Durante estes dez dias, os documentos que fundamentaram a elaboração da relação de credores publicada pelo administrador ficarão à disposição de todos os credores, dos membros do Comitê de Credores, do devedor ou seus sócios e do Ministério Público. Estes são os que possuem titularidade ativa para impugnar os créditos.

O credor não está legitimado a impugnar somente o crédito que lhe corresponde. A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, não fez tal ressalva. Assim, poderá impugnar qualquer crédito, da mesma maneira que os outros titulares previstos na Lei.

O credor que discorda da classificação dada a crédito alheio pode também impugnar a relação. Ele tem legitimidade para impugnar a admissão, quantificação ou classificação do crédito de outrem porque eventual pagamento indevido implica redução dos parcos recursos da massa e maior risco de não recebimento. Igualmente estão legitimados, pela mesma razão, o falido ou qualquer dos seus membros (sócios ou acionistas). Se houver pagamento a crédito já satisfeito, inexistente, viciado ou excessivo, reduzem-se por óbvio os recursos que comporiam eventualmente saldo remanescente a ser-lhes devolvido, no final do processo de falência. (COELHO, 2005, p. 44).

Há de se ressaltar que só poderá haver impugnações dos credores que estão sob o efeito da recuperação. Titulares de créditos não abrangidos pela recuperação judicial — como é o caso do crédito tributário e crédito decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação — não têm legitimidade para apresentar impugnação, posto que lhes falta o interesse econômico e, em decorrência, o interesse de agir.

A impugnação poderá versar sobre a legitimidade, importância ou classificação de qualquer crédito relacionado pelo administrador judicial. Também poderá o credor apontar a ausência de um crédito, requerendo a sua inclusão na relação de credores. Os impugnantes devem dirigir a impugnação ao juízo da recuperação por meio de petição que obedeça a todos os requisitos da Lei Processual, devendo ser instruída com os documentos que possuem, além de requerer outras provas que se fizerem necessárias.

As impugnações serão autuadas em separado, mas as impugnações que versarem sobre o mesmo crédito serão reunidas no mesmo instrumento, ou seja, terão uma só autuação.

Os titulares dos créditos impugnados serão intimados para contestar a impugnação, o que deverá ser feito no prazo de cinco dias. Com a contestação, devem ser juntados os documentos que comprovam a veracidade do crédito e indicadas as demais provas, caso sejam necessárias.

Após o prazo para defesa, o juiz determinará a intimação do devedor e do Comitê de Credores, este último quando existente, para se manifestarem sobre a impugnação, no prazo de cinco dias. Este prazo para manifestação é comum ao devedor e ao Comitê de Credores, e depois de transcorrido, o juiz promoverá a intimação do administrador judicial, que deverá emitir parecer sobre o crédito impugnado em cinco dias, juntando ao parecer todas as informações existentes nos livros e documentos do devedor sobre o crédito impugnado. Se existir laudo de empresa ou profissional especializado que mencione o crédito, também deverá ser juntado pelo administrador judicial.

Transcorrido o prazo para manifestação do administrador judicial, os autos da impugnação serão conclusos. As impugnações suficientemente comprovadas serão julgadas, devendo ser mencionado o valor e classificação de cada crédito. Para as impugnações que

necessitarem de outras provas, o juiz fixará os pontos controvertidos e determinará quais provas devem ser produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, caso entenda necessário. Com larga experiência de magistratura, ressalta Manoel Justino Bezerra Filho (2005, p. 77):

No entanto, o que se observa na prática é que, na quase absoluta maioria dos casos, o julgamento das impugnações é possível apenas com o exame dos documentos apresentados pelas partes. Eventualmente, tem sido útil a perícia contábil, para aclarar pontos necessários ao julgamento. Excepcionalmente é que haverá necessidade de colheita de provas em audiência.

Deve o juiz determinar que sejam reservados valores suficientes para satisfação dos créditos impugnados, para o caso de haver pagamentos durante o processo de impugnação. A determinação pode ser de ofício, posto que é previsão da Nova Lei de Falências, porém, por cautela, é prudente que o credor apresente tal pedido na contestação à impugnação. Se não o fizer na contestação, poderá requerer em qualquer momento, inclusive em embargos de declaração, posto que é medida que deve ser tomada de ofício. Se a impugnação for apenas de parte do crédito ou se o juiz já tiver decidido pela procedência de parte do crédito, o que for incontroverso deverá ser pago junto com os outros créditos.

Após a instrução, o juiz decidirá a impugnação por sentença. A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, não determinou o prazo para a prolação da sentença, assim, aplica-se o prazo de dez dias estipulados pelo Código de Processo Civil¹⁵⁵. Infelizmente, devido ao acúmulo de trabalho, os prazos não têm sido cumpridos pelos órgãos do judiciário.

As impugnações que combaterem a habilitação de qualquer crédito, quando julgadas procedentes, implicarão a exclusão do crédito impugnado. As que forem julgadas improcedentes resultarão na manutenção do crédito combatido. Se a impugnação disser respeito a ausência do crédito, o resultado será o contrário: quando procedentes, o crédito será incluído no rol de credores, quando improcedentes, o crédito não participará da recuperação judicial. Sempre que determinar a inclusão ou manutenção do crédito, a sentença deverá fixar o valor e a classificação do mesmo.

Se o crédito não for impugnado, ele deverá ser inscrito no quadro-geral de credores. Mesmo após a inscrição do crédito no quadro-geral de credores, este ainda pode ser combatido. Até o encerramento da recuperação judicial¹⁵⁶ é possível o pedido de exclusão, reclassificação ou retificação de qualquer crédito. Passado o prazo para impugnação, só

¹⁵⁵ Art. 189 do Código de Processo Civil: “O juiz proferirá: [...] II - as decisões, no prazo de 10 (dez) dias”.

¹⁵⁶ Sobre o encerramento da recuperação judicial ver item 4.10.

poderá o crédito ser combatido através do procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

Para esta ação ordinária, só terão legitimidade ativa o administrador judicial, o Comitê de Credores, qualquer dos credores ou o Ministério Público. A Nova Lei de Falências, injustificadamente, excluiu o devedor e seus sócios do rol dos que estão legitimados a interpor ação ordinária para excluir, reclassificar ou retificar o crédito aceito na recuperação. Apesar de a Lei não mencionar o devedor e os sócios, como estes são diretamente interessados na exclusão, reclassificação ou retificação do crédito, e como se trata de procedimento ordinário, poderão agir como terceiros interessados e requerer a exclusão, reclassificação ou retificação do crédito. Caso não se entenda a legitimidade do devedor e dos sócios, estar-se-á negando-lhes o direito de recorrer ao judiciário, o que é vedado pela Constituição da República de 1988¹⁵⁷.

Para que seja possível a exclusão, reclassificação ou retificação do crédito através do procedimento ordinário, o autor terá que provar que houve falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou que existem documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou de sua exclusão no quadro-geral de credores.

Falso é o documento que não condiz com a realidade alegada ou que foi alterado para produzir efeito diverso para o qual foi constituído¹⁵⁸. O dolo¹⁵⁹, a fraude¹⁶⁰ e o erro essencial¹⁶¹ são causas de anulabilidade dos negócios jurídicos. A partir do Código Civil de 2002, a simulação deixou de ser causa de anulabilidade para tornar-se motivo de nulidade dos

¹⁵⁷ Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁵⁸ Parágrafo unido do art. 387 do Código de Processo Civil: “A falsidade consiste:

I - em formar documento não verdadeiro;

II - em alterar documento verdadeiro”.

¹⁵⁹ Art. 145 do Código Civil de 2002: “São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa”.

¹⁶⁰ Art. 158 do Código Civil de 2002: “Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

§ 1º Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente.

§ 2º Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles”.

¹⁶¹ Note-se que o Código Civil de 2002 utilizou a nomenclatura erro substancial, que corresponde ao erro essencial previsto na Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Seguem os artigos do Código Civil: “Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Art. 139. O erro é substancial quando:

I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;

II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico”.

negócios jurídicos¹⁶². O último motivo para a exclusão, reclassificação ou retificação do crédito pelo procedimento ordinário é o surgimento de documentos novos que eram ignorados na época do julgamento ou inclusão do crédito no quadro-geral de credores, que também é motivo para ação rescisória prevista no Código de Processo Civil¹⁶³.

Vê-se que a Nova Lei de Falências utilizou os institutos já conhecidos do Direito Civil e Processual Civil para caracterizar as situações em que os créditos podem ser combatidos por meio de procedimento ordinário. O foro competente para esta ação será o da recuperação, exceto se se tratar de sentença proferida por outro juízo e habilitada no processo de recuperação ou nos casos das decisões trabalhistas que determinarem a inclusão do crédito no quadro-geral de credores. Nestes casos, a impugnação será feita perante os juízos que proferiram as decisões.

Após a proposição da ação ordinária, os pagamentos aos credores titulares dos créditos impugnados ficarão suspensos, salvo se o credor prestar caução de valor igual ao impugnado.

O artigo 19 da Nova Lei de Falências, objeto de análise nos seis parágrafos acima, traz:

Art. 19. O administrador judicial, o Comitê, qualquer credor ou o representante do Ministério Público poderá, até o encerramento da recuperação judicial ou da falência, observado, no que couber, o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil, pedir a exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito, nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro-geral de credores.

A análise se volta agora para a possibilidade de reapreciação do crédito que já foi julgado por sentença em processo de impugnação tempestivo. A Constituição da República de 1988, traz, no inciso XXXVI do artigo 5º, que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”. Inicialmente, tem-se a impressão de que se o crédito já foi apreciado por sentença judicial, não se poderia ter a reapreciação sob pena de ferir a coisa julgada. Porém, não é a lei que está retroagindo para atingir fatos que já foram julgados; a lei simplesmente prevê a possibilidade de revisão da decisão de inclusão do crédito por

¹⁶² Art. 167 do Código Civil de 2002: “*É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.*”

§ 1º *Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:*

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados”.

¹⁶³ Art. 485 do do Código de Processo Civil: “*A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”.*

motivos de fatos desconhecidos no momento do julgamento da impugnação¹⁶⁴. Esta revisão só poderá ser realizada nos estritos ditames da lei e pelo órgão do judiciário que determinou a inclusão. Explica Waldo Fazzio Júnior (2005, p. 87):

Partindo do princípio de que o processo de habilitação é um processo contencioso, de cuja sentença, uma vez transitada em julgado, descabe qualquer recurso ordinário, é lógico que tal sentença produz os efeitos de coisa julgada.

Aliás, é por essa razão que a ação desconstitutiva da LRE (art. 19) é conhecida como “ação rescisória de falência” ou “ação de revisão”. Realmente, o dispositivo contempla a ação tendente à exclusão, alteração de classificação ou retificação de créditos, já verificados e habilitados por sentença, em casos de ilicitude, podendo ser proposta até o encerramento da quebra.

A ação rescisória¹⁶⁵, também utilizada para desconstituir sentença transitada em julgado, é de longa data utilizada no direito pátrio e não se vê questionamento sobre a constitucionalidade da mesma. A ação de desconstituição do crédito, prevista no artigo em comento, tem a mesma natureza da ação rescisória.

A “ação de revisão” tem, é certo, como imediato objetivo excluir o credor ilegitimamente admitido ou corrigir a classificação por ele indevidamente obtida, ou simplesmente retificar a importância do crédito. Mas, como verdadeira rescisória que é, compreende dois *judicia*: *judicium rescidens* e *judicium rescisorium*. A primeira fase se caracteriza pelo exame do *motivo* em que se funda o pedido; a segunda é uma consequência do julgamento da procedência da ação, da nova decisão sobre o objeto da controvérsia, e se caracteriza pela restituição das partes ao primitivo estado ou ao estado em que primitivamente deviam estar colocadas. Eis por que deve o credor excluído ou de outra maneira classificado pela ação de revisão restituir à massa falida quando indevidamente recebeu, já por não ser credor, já porque, *v. g.*, classificado como privilegiado, é quirografário, sujeito ao rateio ou dividendo. (VALVERDE, 1948, p. 59-60).

Assim, mesmo que o crédito já tenha sido julgado e admitido no quadro-geral de credores, poderá ser revisto até o término da recuperação, desde que se consiga provar uma das situações descritas no artigo 19 da Nova Lei de Falências, utilizando-se do procedimento ordinário para tal.

¹⁶⁴ Sobre a coisa julgada elucida José Afonso da Silva (1998, p. 437): “A proteção constitucional da coisa julgada não impede, contudo, que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional. Dizendo que lei não prejudicará a coisa julgada, quer-se tutelar esta contra atuação direta do legislador, contra ataque direto da lei. A lei não pode desfazer (rescindir ou anular ou tornar ineficaz) a coisa julgada. Mas pode prever licitamente, como fez o art. 485 do Código de Processo Civil, sua rescindibilidade por meio de ação rescisória”.

¹⁶⁵ A ação rescisória é regulada pelos arts. 485 a 495 do Código de Processo Civil.

4.7. Administrador judicial

Como já mencionado no item 4.5, o administrador judicial será nomeado pelo juiz no mesmo despacho que deferir o processamento da recuperação judicial. A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, determina que o administrador judicial deverá ser profissional idôneo, ou seja, pessoa que está apta para desempenhar os atos que a Lei lhe atribui, com capacidade, competência e honestidade. Como sugestão, a Nova Lei de Falências dispõe que o administrador judicial deve ser, preferencialmente, advogado, economista, administrador de empresas ou contador. Buscou indicar profissionais que já se encontram em contato com a atividade empresarial, dominando as rotinas e habilidades do mercado. Anota-se que a recomendação é indicativa, não vinculando o juiz a nomear profissionais destas áreas. Assim, se a recuperação é de uma construtora, por exemplo, nada impede que seja nomeado um engenheiro como administrador judicial.

Pode o juiz, nomear, ainda, pessoa jurídica especializada. A pessoa jurídica não precisa ser especializada em recuperação judicial ou ter tal atividade em seu objeto social. A especialização exigida é na área de consultoria ou reorganização de sociedades empresárias, não tendo que ser obrigatoriamente a recuperação judicial.

É possível que as atribuições de administrador judicial sejam conferidas a uma pessoa jurídica especializada constituída por profissionais com habilitação pessoal, técnica e financeira exigida. Agrupando, dentre outros, os profissionais mencionados pelo art. 21 da lei, esta pessoa jurídica apresentará o suporte contábil, administrativo, legal e econômico necessários ao bom desempenho dos encargos legalmente conferidos ao administrador judicial. (PIMENTA, 2006, p. 171).

Se for nomeada pessoa jurídica, esta deverá indicar o nome do profissional responsável pela condução do processo e este profissional não poderá ser substituído sem autorização do juiz. Vale ressaltar que, diferentemente do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, o administrador judicial não tem que ser escolhido entre os credores do devedor.

Estão impedidos de exercer a função de administrador judicial pelo prazo de cinco anos aqueles que foram destituídos ou deixaram de prestar contas no prazo fixado ou que tiveram suas contas desaprovadas em processos anteriores. Não é necessário que tenha acontecido o fato que deu origem ao impedimento no mesmo juízo e nem na mesma função. A destituição pode ter sido como administrador de recuperação ou de falência ou, ainda, como

membro de Comitê de Credores. Em qualquer dos casos, a pessoa ficará impedida de ser nomeada administrador judicial pelo prazo de cinco anos.

Também não pode ser administrador judicial quem tiver relação de parentesco ou afinidade até o terceiro grau com o devedor, seus administradores, controladores ou representantes legais ou deles for amigo, inimigo ou dependente. A Lei tenta evitar que tais situações comprometam a isenção e imparcialidade que o administrador deve ter no exercício de suas funções.

O administrador nomeado será intimado pessoalmente para comparecer na secretaria do juízo, no prazo de quarenta e oito horas, e assinar o termo de compromisso de bem e fielmente desempenhar suas atividades, assumindo todas as responsabilidades que lhe são inerentes. Se for nomeada pessoa jurídica, no momento da assinatura do termo, deverá ser indicado o profissional responsável pela condução do processo da recuperação judicial. Se o administrador nomeado não assinar o termo de compromisso no prazo fixado, será entendido como recusa e o juiz deverá indicar outra pessoa para exercer as funções.

O administrador judicial exerce suas funções sob a fiscalização do juiz e do Comitê de Credores, quando existente. Lembra Waldo Fazzio Júnior (2005, p. 326) que “*o devedor, os credores e terceiros interessados também detêm capacidade de fiscalização em relação ao administrador judicial*”. Se não tiver desempenhando suas funções regularmente, podem, o devedor, qualquer credor e o Ministério Público pedir a destituição ou substituição do administrador, o que lhes dá poder de fiscalização, apesar de a Nova Lei de Falências não trazer expressamente. Da mesma forma acontece com o terceiro interessado, que pode intervir no processo, sempre que tiver seus interesses atingidos. Somente o juiz e o Comitê de Credores têm o dever de fiscalizar o administrador judicial, mas os outros envolvidos citados acima também têm o direito de fiscalização.

O artigo 22 da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, expõe o rol de funções do administrador, trazendo em seu início I as competências comuns ao administrador judicial da recuperação e ao da falência:

“a) enviar correspondência aos credores constantes na relação de que trata o inciso III do caput do art. 51, o inciso III do caput do art. 99 ou o inciso II do caput do art. 105 desta Lei, comunicando a data do pedido de recuperação judicial ou da decretação da falência, a natureza, o valor e a classificação dada ao crédito”:

O administrador judicial terá que enviar correspondência a todos os credores que constarem na lista apresentada pelo devedor na petição inicial da recuperação. Esta correspondência deverá ser enviada com aviso de recebimento para que nenhuma credor

possa alegar o não recebimento. A correspondência indicará a data do pedido de recuperação, a natureza, o valor e a classificação que o devedor atribuiu ao crédito. É prudente, também, que o administrador comunique que o processamento da recuperação judicial foi deferido e a data do mesmo, pois isso influenciará na suspensão das ações e execuções em curso, bem como a suspensão do prazo prescricional. Assim, é recomendável que os credores já sejam comunicados de tal data.

Apesar de a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, não prever expressamente, a correspondência deve trazer todos os dados do requerente da recuperação e os dados do processo, como o número dos autos e o juízo pelo qual tramita.

“b) fornecer, com presteza, todas as informações pedidas pelos credores interessados”:

Na condição de fiscalizador do devedor, o administrador judicial tem a obrigação de fornecer aos credores todas as informações que tiver a respeito do devedor. O administrador judicial não é advogado do devedor e de nenhum dos credores. Exerce função auxiliar da justiça¹⁶⁶ que deve ser desempenhada com isenção e imparcialidade, cumprindo as determinações legais, sem tentar prejudicar ou beneficiar quem quer que seja.

“c) dar extratos dos livros do devedor, que merecerão fé de ofício, a fim de servirem de fundamento nas habilitações e impugnações de créditos”:

Como o administrador judicial exerce função auxiliar da justiça, no exercício de sua função a lei lhe conferiu fé pública. Ensinam Antônio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; e Cândido Rangel Dinamarco (1998, p. 208) que a fé pública *“significa que suas certidões são havidas por verdadeiras, sem qualquer necessidade de demonstração de sua correspondência à verdade, até que o contrário seja provado (presunção juris tantum)”*. Os extratos dos livros do devedor fornecidos aos credores pelo administrador têm presunção de veracidade em virtude da fé pública que a Lei conferiu ao administrador, não necessitando outro tipo de prova.

“d) exigir dos credores, do devedor ou seus administradores quaisquer informações”:

Para bem exercer suas funções, o administrador judicial precisa munir-se de todas as informações disponíveis sobre o devedor e suas dívidas. Assim, poderá exigir todas as informações que achar necessárias. A Lei utiliza o verbo exigir, o que significa que os credores, o devedor ou os administradores do devedor não poderão negar as informações

¹⁶⁶ Art. 139 do Código de Processo Civil: *“São auxiliares do juízo, além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete”*.

solicitadas pelo administrador judicial. Caso neguem, pode o administrador judicial requerer ao magistrado que determine que as informações lhe sejam fornecidas. O juiz é o único que pode determinar qualquer medida judicial coercitiva. O juiz deverá intimar as pessoas que se recusarem a prestar as informações ao administrador, para que estas compareçam em juízo, sob pena de desobediência¹⁶⁷. Se não comparecerem, poderão ser conduzidas coercitivamente ao juízo, em analogia à norma do Código de Processo Civil que regula a condução coercitiva de testemunha que não comparece em juízo quando intimada para tal. “*Se a testemunha deixar de comparecer à audiência, sem motivo justificado, será conduzida coercitivamente para a nova audiência que o juiz designar e responderá pelas despesas da diligência decorrente do adiamento do ato judicial*” (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 509)¹⁶⁸. As pessoas que devem ser ouvidas serão interrogadas na presença do administrador, devendo os depoimentos ser tomados por escrito. O devedor ou seus administradores poderão ser afastados da administração do negócio caso se recusem a fornecer as informações requeridas pelo administrador judicial.

“*e) elaborar a relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei*”:

Como já explicado no item 4.5, o administrador judicial é o responsável pela verificação inicial dos créditos. Após a publicação da relação de credores apresentada pelo devedor, os titulares dos créditos terão quinze dias para apresentar ao administrador suas habilitações ou divergências quanto aos créditos. E o administrador terá que verificar os créditos e preparar a lista com os valores que lhes foram apresentados. Partindo da lista apresentada pelo devedor na inicial, o administrador acrescentará as habilitações que entender legítimas e excluirá os créditos indevidos, tendo a obrigação de publicar a nova relação de credores em quarenta e cinco dias após o término do prazo para habilitação.

“*f) consolidar o quadro-geral de credores nos termos do art. 18 desta Lei*”:

Após a fase de habilitação dos créditos perante o administrador, inicia-se o prazo para impugnações, que serão dirigidas ao juiz da recuperação ou a outro juízo que tenha decidido sobre o crédito¹⁶⁹. As decisões destas impugnações poderão resultar em inclusões e exclusões dos créditos. O administrador judicial fará a consolidação destes créditos julgados, formando o quadro-geral de credores, que conterá o valor e a classificação de cada crédito, bem como os nomes de seus titulares e será assinado pelo juiz e pelo administrador judicial.

¹⁶⁷ Art. 330 do Código Penal Brasileiro: “*Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa*”.

¹⁶⁸ Art. 412 do Código de Processo Civil: “*A testemunha é intimada a comparecer à audiência, constando do mandado dia, hora e local, bem como os nomes das partes e a natureza da causa. Se a testemunha deixar de comparecer, sem motivo justificado, será conduzida, respondendo pelas despesas do adiamento*”.

¹⁶⁹ Para maiores detalhes, ver item 4.6.

Como já explicado no item 4.6, mesmo após a publicação do quadro-geral de credores, os créditos poderão ser combatidos por meio do procedimento ordinário. Portanto, se surgirem novas alterações no quadro-geral, estas devem ser promovidas pelo administrador judicial.

Em um pequeno resumo, o devedor apresenta a lista de credores com a inicial, que deverá ser publicada. Depois das habilitações de crédito, o administrador judicial refaz esta relação de credores e publica novamente. Depois do julgamento das impugnações dos créditos, o administrador judicial monta o quadro-geral de credores e promove a publicação do quadro. Após, se houver modificação no quadro-geral de credores resultante de julgamentos das ações ordinárias, o administrador promove as alterações ordenadas.

“g) requerer ao juiz convocação da assembléia-geral de credores nos casos previstos nesta Lei ou quando entender necessária sua ouvida para a tomada de decisões”:

Sempre que a Lei determinar a convocação da assembléia-geral de credores ou quando a decisão for de importância suficiente a provocar a convocação, o administrador judicial deverá requerer ao juiz a convocação da assembléia. Note-se que não é o administrador judicial que convoca a assembléia-geral. Ele tem legitimidade para requerer ao juiz a convocação e não para convocar a assembléia-geral. Se a Lei traz a necessidade da assembléia-geral, o requerimento do administrador terá que ser atendido pelo juiz. Mas, se a convocação não é uma determinação legal, o administrador continua tendo legitimidade para requerer a convocação, podendo o juiz negá-la, desde que fundamente sua decisão.

“h) contratar, mediante autorização judicial, profissionais ou empresas especializadas para, quando necessário, auxiliá-lo no exercício de suas funções”:

Apesar de ser recomendado pela própria Lei que o administrador judicial deva ser profissional com formação na área jurídica ou gerencial ou pessoa jurídica que atue nestas áreas, ele não é obrigado a ter todo o conhecimento técnico para fiscalizar os procedimentos do devedor. Assim, se entender necessário, poderá pedir autorização judicial para contratar profissionais ou empresas especializadas para auxiliá-lo nas questões técnicas. Essas pessoas ou empresas devem ser escolhidas pelo próprio administrador judicial, pois é necessário que sejam pessoas de sua confiança. Porém, para contratá-los, terá que ter autorização do juiz. Neste caso, quem contratará é o próprio administrador e não o juízo, que só autorizará a contratação.

A Nova Lei de Falências determina que será o juiz que fixará a remuneração dos auxiliares contratados e, para tal, deverá considerar a complexidade dos trabalhos e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes.

Na prática forense se tem observado o hábito de o perito requerer seja arbitrado o valor que entende correto, a partir do trabalho efetivamente exercido. Ante tal pedido, o juiz manda ouvir o administrador, o MP e os interessados, fixando a seguir o valor a ser pago, com o poder de direção que mantém no processo. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 95).

Fixado o valor pelo juiz, o ônus do pagamento fica a cargo do devedor, que não poderá recusar-se a pagar.

“i) manifestar-se nos casos previstos nesta Lei”:

Sempre que a Nova Lei de Falências determinar, o administrador judicial deve dirigir-se ao juiz. E sempre que o juiz pedir a opinião do administrador, este deverá expressá-la. O administrador deverá se manifestar sobre a alienação de filiais ou unidades produtivas do devedor¹⁷⁰, emitir parecer nas impugnações de crédito e opinar sobre o aumento de despesa ou contratação de empregados, se adotado o plano de recuperação especial para microempresas e empresas de pequeno porte.

O inciso II do artigo 22 da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, traz a demais funções do administrador na recuperação judicial e o inciso III do referido artigo traz outras funções do administrador na falência. Como o objeto desta dissertação é a recuperação judicial, não será analisado o inciso III. Segundo o inciso II do artigo 22 da Nova Lei de Falências é, também, da responsabilidade do administrador da recuperação judicial:

“a) fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial”:

A principal função do administrador da recuperação judicial é a fiscalização do devedor e do cumprimento do plano de recuperação judicial, assim como era a principal responsabilidade do comissário na concordata prevista pela legislação anterior.

O administrador judicial deve auxiliar o juiz a conduzir o procedimento de recuperação judicial. *“A essência das funções do administrador judicial está em ser o ‘braço técnico’ do juízo”* (PIMENTA, 2006, p. 170). Assim, o administrador deve acompanhar todas as atividades do devedor e, se este não tiver cumprido o plano de recuperação deverá requerer a falência. É o que estabelece a alínea seguinte. Ressalte-se que, diferentemente do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, o administrador judicial não tem que ser escolhido entre os credores do devedor.

“b) requerer a falência no caso de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação”:

¹⁷⁰ Sobre a alienação mencionada ver item 4.5.

O administrador tem o dever de comunicar ao juiz o descumprimento de qualquer obrigação prevista pelo plano de recuperação judicial e requerer a falência do devedor no caso de descumprimento. Após ouvir o devedor, o juiz decidirá pela manutenção da recuperação ou pela decretação da falência.

“c) apresentar ao juiz, para juntada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor”:

A forma de o administrador comprovar que está desempenhando suas atividades com zelo e competência será juntando aos autos relatórios sobre as atividades do devedor. A Lei estabelece que os relatórios sejam juntados mensalmente, mas nada impede que o administrador se comunique com o juiz a fim de lhe informar acontecimento extraordinário a qualquer momento que entender necessário. Se o desenrolar da recuperação estiver acontecendo sem problemas extraordinários, o administrador manterá a comunicação mensal com o juiz, através dos relatórios.

“d) apresentar o relatório sobre a execução do plano de recuperação, de que trata o inciso III do caput do art. 63 desta Lei”:

Este relatório deve ser apresentado pelo administrador após o encerramento da recuperação. A sentença que determinar o encerramento da recuperação judicial determinará que o administrador apresente relatório circunstanciado da execução do plano de recuperação, o que deverá ser feito em quinze dias. Além dos relatórios mensais, quando do encerramento da recuperação, o administrador terá que apresentar este relatório circunstanciado sobre o desenvolvimento de todo o plano de recuperação, quando do término do procedimento recuperatório.

Além das funções previstas no artigo 22, a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, traz outras incumbências para o administrador judicial tal qual a de pedir a exclusão, reclassificação ou retificação de qualquer crédito por meio do procedimento ordinário, como já explicado no item 4.6. Quando não for nomeado o Comitê de Credores, o administrador exercerá as funções que a Lei reserva ao Comitê, salvo quando forem incompatíveis. Neste caso, as funções serão desempenhadas pelo juiz. Se, na deliberação do Comitê de Credores, não se conseguir obter maioria sobre determinado assunto, o impasse será resolvido pelo Administrador Judicial¹⁷¹. É o administrador quem preside a assembléia-geral de credores, exceto se dentre os objetos de deliberação estiver o afastamento do administrador judicial ou qualquer outro assunto que lhe seja incompatível. O cadastramento de mandatários,

¹⁷¹ As funções do comitê de credores serão expostas no tópico seguinte.

representantes legais e de sindicatos para a participação na assembléia-geral é feito pelo administrador judicial, que, também, deve assinar a ata da assembléia. Se o devedor ou seus administradores forem afastados da administração do negócio, o administrador judicial será responsável por administrar as atividades do devedor até que a assembléia eleja outra pessoa para se responsabilizar pela gestão dos negócios do devedor¹⁷². Na alienação de bens por pregão, se o titular da maior oferta não comparecer ao leilão e o bem for arrematado por valor inferior ao da maior oferta, o administrador judicial ficará responsável por cobrar do maior ofertante a diferença entre o valor ofertado e o valor da arrematação¹⁷³. Se o Ministério Público não oferecer denúncia de ações criminosas ligadas à recuperação judicial, o administrador poderá oferecer ação penal privada subsidiária da pública.

O administrador tem o direito de examinar todos os documentos e relatórios contábeis do devedor, sem necessidade de autorização judicial e tem acesso livre ao livro de atas das decisões do Comitê de Credores.

O administrador poderá ser substituído. Traz a Nova Lei de Falências que, se o administrador da recuperação não cumprir a obrigação de apresentar os relatórios, deverá ser intimado pessoalmente para apresentá-los no prazo de cinco dias, sob pena de desobediência¹⁷⁴. Se ainda assim, o administrador não atender a ordem judicial, o juiz poderá destituí-lo. Caso haja a nomeação em desacordo com as determinações da Nova Lei de Falências ou desobediência a qualquer de seus preceitos, o juiz, de ofício ou a requerimento do devedor, de qualquer credor, do representante do Ministério Público ou de qualquer interessado, poderá determinar a substituição do administrador judicial. O requerimento deverá ser apreciado pelo juiz em vinte e quatro horas, não podendo ser negado caso tenha sido comprovado o desvio da lei. No ato que destituir o administrador, o juiz deve fixar as responsabilidades do destituído e nomear outra pessoa para assumir as funções.

Sem prejuízo da boa intenção certamente insuflada pelo saudável princípio da celeridade, a Lei aqui trás uma determinação de impossível cumprimento, ao estabelecer que o juiz decidirá em 24 horas sobre o requerimento. Antes de tomar a grave decisão de substituir o administrador, deverá no mínimo abrir vista para a manifestação deste, não sendo recomendável tal tipo de decisão sem ouvida dos interessados, a não ser em casos especiais e graves, nos quais a comprovação do alegado já venha documentalmente comprovada, de forma suficiente. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 106-107).

¹⁷² Sobre a assembléia-geral de credores ver item 4.9.

¹⁷³ Sobre a alienação de bens por pregão ver item 4.5.

¹⁷⁴ Sobre a desobediência ver nota 167.

Apesar de a Lei não prever, é prudente que o juiz ouça o administrador judicial antes de destituí-lo.

A remuneração do administrador judicial será fixada pelo juiz. Essa remuneração não poderá ser maior que cinco por cento do valor dos créditos envolvidos na recuperação e deve ser fixada com base na capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho do administrador e os valores praticados no mercado para profissões semelhantes.

Quem arcará com os valores pagos ao administrador judicial será o devedor e deverá fazê-lo na forma estipulada pelo juiz. A Lei estabelece para o administrador da falência que quarenta por cento de sua remuneração só será paga após a aprovação de suas contas. Assim, deve o juiz reservar também para o administrador da recuperação judicial que parte de sua remuneração seja paga após o encerramento da recuperação judicial, quando este apresentar o relatório circunstanciado sobre a execução do plano de recuperação e tiver suas contas aprovadas pelo juiz e pelo Comitê de Credores, quando existente.

Mas, destaco, o administrador judicial não pode ser remunerado mediante pagamento integral à vista também na recuperação judicial. Como previsto em outro preceito, parte da remuneração deve ser paga somente após a sentença de encerramento da recuperação judicial, mesmo assim condicionada à tempestiva prestação de contas e aprovação do relatório. (COELHO, 2005, p. 69).

O administrador não terá direito à remuneração quando renunciar à função sem relevante razão de direito ou for destituído de suas funções por desídia¹⁷⁵, culpa, dolo ou descumprimento de suas obrigações. Outra hipótese em que o administrador não terá direito à remuneração será quando suas contas não forem aprovadas. Nas demais causas de substituição do administrador, este terá direito de receber proporcionalmente ao trabalho que já tiver realizado, percentual que deverá ser fixado pelo juiz que determinar a substituição.

Em relação à diferença da renúncia do administrador e de sua destituição, explica Fábio Ulho Coelho (2005, p. 66):

Um administrador judicial substituído – em razão de renúncia justificada, por exemplo – tem direito à remuneração proporcional ao trabalho despendido e pode voltar a ser nomeado para a função em outra falência; por sua vez, a pessoa destituída perde o direito à remuneração e não pode mais ser escolhida para atuar em nenhuma outra falência.

¹⁷⁵ “Desídia (Dir. Trab.): Preguiça, negligência, indolência” (NÁUFEL, 1948, p. 449). O termo é conhecido no direito do trabalho por ser um dos motivos de dispensa do empregado por justa causa (art. 482, alínea e da Consolidação das Leis do Trabalho), servindo também como motivo de destituição do administrador judicial (art. 24, § 3º da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005). Explica Valentin Carrion (2005, p. 378) que desídia “É a falta culposa, e não dolosa, ligada à negligência; costuma-se caracterizar pela prática ou omissão de vários atos”.

O administrador destituído, além de perder o direito à remuneração, arcará com os prejuízos causados ao devedor ou aos credores, sempre que for apurado dolo ou culpa. O administrador judicial é equiparado ao devedor para todos os efeitos penais previstos na Nova Lei de Falências, podendo ser punido criminalmente pelas condutas definidas como crime pela Lei.

O administrador só se desincumbirá de suas funções após a sentença que decretar o encerramento da recuperação judicial e exonerar o administrador.

4.8. Comitê de Credores

O Comitê de Credores não é um órgão obrigatório na recuperação judicial. A assembleia-geral de credores pode decidir por instituir ou não o Comitê. Mesmo antes da aprovação do plano de recuperação judicial, os credores poderão requerer a convocação de assembleia-geral para a constituição do Comitê de Credores. Porém, não parece que será esta a realidade da grande maioria das recuperações judiciais. Comentando a lei alemã sobre insolvência, que possui uma comissão de credores semelhante ao Comitê previsto pela Lei brasileira, afirma Dora Berger (2001, p. 120) que, naquele país, “*Na prática, raramente é constituída a comissão de credores*”. Tudo indica que no Brasil não será diferente, com um agravante: a lei alemã prevê remuneração para os integrantes do Comitê; a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, não. Se for constituído o Comitê de Credores, este será composto por três membros e cada membro terá dois suplentes.

Um integrante será indicado pela classe de credores trabalhistas. Outro, pela classe de credores com garantia real e privilégios especiais. E o terceiro terá a indicação da classe de credores quirografários e com privilégios gerais. Cada classe indicará o titular e os dois suplentes, que devem ser classificados em primeiro e segundo suplentes. Se o titular não puder exercer as funções, será substituído pelo primeiro suplente e na ausência deste, pelo segundo. Se não houver consenso dentro da divisão de classes trazida pela Lei, a indicação será por maioria de votos, sempre considerando o valor do crédito. A pessoa indicada será intimada pessoalmente para assinar em quarenta e oito horas o termo de compromisso de bem e fielmente desempenhar a função e assumir as responsabilidades a ela inerentes. Os representantes indicados elegerão entre si o presidente do Comitê.

Se alguma das classes deixar de indicar representante, a constituição do Comitê não ficará prejudicada, podendo funcionar com número de integrantes inferior ao que a Lei prevê. Vale lembrar a ressalva feita no item 4.4 sobre a inviabilidade de se constituir um Comitê com um único membro.

Há de se entender, em conformidade com o exposto, que a falta de suplentes também não prejudica o funcionamento do Comitê de Credores. Mesmo que o representante das classes seja indicado, se não comparecer a qualquer deliberação, a decisão será tomada pelos presentes e, se não for possível uma deliberação que congregue a opinião da maioria dos integrantes do Comitê, decidirá o administrador judicial, ou se não houver compatibilidade, decide o juiz. Vale ressaltar a crítica de Amador Paes de Almeida (2005a, p. 209) sobre a dificuldade de tomada de decisão do Comitê: *“Outrossim, como todo órgão colegiado, dificilmente manterá a unidade necessária ao fiel desempenho das suas funções”*.

Se prevalecer a previsão do referido autor, o administrador judicial ou o juiz, no impedimento do administrador, decidirá. Assim será, também, nos casos em que o Comitê não for constituído, como já exposto no tópico anterior. Todas as decisões serão lavras em livro de atas que deverá ser assinado pelos integrantes presentes na deliberação e rubricado pelo juiz da recuperação. Este livro deve ficar à disposição do administrador judicial, dos credores e do devedor. É claro que os próprios membros do Comitê também têm livre acesso ao livro de atas. O Ministério Público, caso entenda necessário, poderá examinar o livro, podendo, inclusive, utilizar o livro para apuração de eventuais responsabilidades do Comitê.

Se a classe — segundo a divisão de indicação exposta acima — não indicar representante quando da constituição do Comitê, poderá fazê-lo a qualquer momento mediante requerimento dirigido ao juiz e subscrito por credores titulares de mais da metade dos créditos daquela classe. Não há necessidade de realização de assembléia. A substituição dos indicados dar-se-á da mesma maneira, por indicação da maioria e sem necessidade de assembléia. Seja na indicação ou na substituição, o juiz não pode rejeitar o indicado, exceto se não for alcançado o quorum definido ou se o indicado for impedido.

São atribuições do Comitê de Credores: a) fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial; b) zelar pelo bom andamento do processo e pelo cumprimento da Lei; c) comunicar ao juiz violação de direito ou prejuízos aos credores; d) apurar e emitir parecer sobre quaisquer reclamações dos interessados; e) requerer ao juiz a convocação da assembléia-geral de credores; f) manifestar-se nas hipóteses previstas na Lei; g) fiscalizar a administração das atividades do devedor, apresentando relatório mensal de sua situação; h) fiscalizar a execução do plano de recuperação; i) nos casos de afastamento do

devedor, o Comitê deve pedir autorização judicial para alienação de bens do ativo permanente, para constituição de ônus reais e outras garantias, bem como para endividamento para continuação das atividades do devedor até a aprovação do plano de recuperação judicial.

O Comitê de Credores é órgão representante dos interesses dos credores e, como tal, deve defendê-los. Seus integrantes não têm que guardar a imparcialidade exigida para o administrador judicial. Márcio Chalegre Coimbra (2000, p. 62), comparando a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 — quando era ainda projeto de lei — com a lei americana, coloca as diferentes posições que se encontram o Comitê de Credores e o administrador judicial:

O comitê deve exercer a função fiscalizadora das atividades do gestor da empresa, bem como atuar em função dos seus interesses, fechando acordo com o devedor e até servindo como órgão consultivo deste. Já o administrador tem a função de cumprir o plano de recuperação quando estiver a frente dos negócios. Quando não estiver, deverá ter somente a função fiscalizadora [...].

Apesar de representar os interesses dos credores, os membros do Comitê não podem executar condutas que prejudiquem ao devedor. O Comitê responde pelos prejuízos causados por dolo ou culpa. Para eximir-se da responsabilidade, o integrante dissidente nas deliberações do Comitê deve fazer constar sua discordância em ata. Assim, só responderão os que votaram a favor da medida que causou o prejuízo. A responsabilidade é pessoal do representante indicado para o Comitê e não da classe que o indicou.

Como se pode notar, várias atividades do Comitê são previstas também para o administrador judicial, tais como requerer a convocação da assembléia-geral de credores, fiscalizar a execução do plano de recuperação e a administração das atividades do devedor apresentando relatórios mensais, e manifestar-se nas hipóteses previstas na Lei. Para tais atividades valem os comentários expostos para o administrador judicial no tópico anterior, levando em consideração que as decisões do Comitê são colegiadas e por maioria.

Na maior parte das vezes, quando a Lei diz que o juiz deverá ouvir o administrador judicial, o Comitê de Credores também terá que ser ouvido. Assim, o juiz deve ouvir o Comitê nas impugnações de créditos após o prazo de contestação, antes de autorizar a alienação ou oneração de bens ou direitos do ativo permanente do devedor que não estejam relacionados no plano de recuperação, para decidir sobre a forma de alienação, quando estiver

prevista no plano e sobre aumento de despesa ou contratação de empregados, quando adotado o plano de recuperação especial para microempresas e empresas de pequeno porte¹⁷⁶.

Além de fiscalizar o devedor, o Comitê tem a responsabilidade de fiscalizar o administrador judicial. Deve verificar como está o andamento do processo de recuperação e se o administrador está cumprindo suas funções. Se houver violação dos interesses dos credores, seja pelo devedor, seja pelo administrador judicial, o Comitê deve exigir que o juiz tome as medidas no sentido de preservar os interesses dos credores e o bom andamento do processo de recuperação. Se for apresentada qualquer reclamação por parte dos credores, o Comitê deverá apurar e emitir parecer para a apreciação do juiz.

No caso do plano de recuperação prever o afastamento do devedor de suas atividades ou quando o juiz decidir por afastá-lo, se for necessário alienar bens do ativo do devedor, constituir alguma garantia ou ônus reais ou se o devedor tiver que se endividar para continuar as atividades, estes pedidos serão feitos pelo Comitê de Credores ao juiz. Maria Odete Duque Bertasi (In: MACHADO, 2005, p. 134) impõe uma crítica pertinente sobre esta competência do Comitê:

A possibilidade de o Comitê de Credores requerer ao juiz a alienação de bens, a constituição de ônus reais ou a formalização de atos de endividamento necessários à continuação das atividades durante período anterior à aprovação do plano de recuperação (providência somente autorizada, nos expressos termos da lei, nas hipóteses do afastamento do devedor, previstas no artigo 64) melhor teria sido se atribuída à Assembléia Geral de Credores, e não ao Comitê, como constou do comando legal.

É que ocorrendo o afastamento do devedor, dispõe o artigo 65 da lei que o Juiz convocará a Assembléia Geral de Credores para deliberar sobre o nome do gestor judicial que assumirá a administração das atividades do devedor, momento bastante oportuno para as deliberações relacionadas à alienação do ativo permanente, a constituição de ônus e garantias e a obtenção de financiamentos ou empréstimos.

O Comitê pode, também, impugnar a relação de credores publicada pelo administrador judicial até dez dias após a publicação ou por meio de procedimento ordinário, se ultrapassar este prazo¹⁷⁷. Pode solicitar informações ao devedor ou seus administradores, da mesma forma que também o pode o administrador judicial¹⁷⁸, sendo a negativa das informações motivo para afastar o devedor ou os administradores da condução da atividade empresarial.

Como já mencionado acima, os membros do Comitê de Credores não são remunerados pelo devedor. A Lei só obriga ao devedor a arcar com as despesas incorridas para realização

¹⁷⁶ Ver considerações feitas no item 4.4.

¹⁷⁷ Sobre impugnação dos créditos ver item 4.6.

¹⁷⁸ Ver item 4.7.

das atividades do Comitê, mesmo assim, quando estas forem devidamente comprovadas e com autorização do juiz da recuperação e na medida da disponibilidade de caixa do devedor. Nada impede que conste no plano de recuperação previsão de despesas para arcar com remuneração dos membros do Comitê de Credores, o que pode ser sugerido, inclusive, pela assembléia-geral de credores que constituir o Comitê. Porém, como já ressaltado no item 4.3, qualquer alteração no plano de recuperação precisa da anuência do devedor. Se cada classe de credores decidir pela remuneração dos membros do Comitê, esta remuneração não poderá ser cobrada do devedor.

Os impedimentos para a nomeação de integrantes para o Comitê de Credores são os mesmos para o administrador judicial. Assim, não poderá assumir a função quem foi destituído, deixou de prestar contas no prazo legal ou teve a prestação de contas desaprovada, como membro de Comitê ou administrador judicial em falência ou recuperação nos últimos cinco anos. Também estão impedidos os parentes consangüíneos ou por afinidade até o terceiro grau, amigos, inimigos ou dependentes do devedor, seus administradores, controladores ou representantes legais. No caso de nomeação de integrante, inclusive suplente, em desacordo com os ditames legais, poderá ser requerida a substituição pelo devedor, por qualquer credor ou pelo Ministério Público. O juiz também pode determinar a destituição do integrante do Comitê de ofício ou a requerimento de qualquer interessado, quando houver desobediência à Lei, descumprimento de deveres, omissão, negligência ou prática de ato lesivo. Sobre o procedimento para substituição e destituição de membro de Comitê, valem os mesmo comentários feitos no item 4.7 sobre o administrador judicial, com ressalva de que no caso do Comitê, ao invés de nomear outro membro, o juiz convocará o suplente para que o Comitê seja recomposto. As classes podem substituir os membros convocados indicando outras pessoas, nos termos expostos alhures.

O Comitê de Credores será dissolvido por decisão da assembléia-geral ou pela sentença que decretar o encerramento da recuperação judicial, que deverá ordenar a dissolução do Comitê. Se for decretada a falência, o juiz poderá autorizar a manutenção dos mesmos integrantes do Comitê em funcionamento na recuperação judicial ou convocar assembléia-geral de credores para eleição de novo Comitê. A decisão é do juiz e dependerá de como os membros do Comitê exerceram suas funções na recuperação.

4.9. Assembléia-geral de credores

A assembléia-geral de credores é o órgão soberano da recuperação, com poderes de aprovar ou desaprovar o plano de recuperação, sendo que, neste último caso, a falência será decretada. Destaca Eduardo Goulart Pimenta (2006, p.146):

O instituto da assembléia-geral de credores não é novo no direito falimentar brasileiro. Encontrava expressa acolhida pelo agora revogado Decreto-Lei nº 7.661/1945, que previa sua convocação e instalação para deliberar sobre a forma de realização do ativo do devedor falido (arts. 122 e 123).

Lembra ainda o referido autor da profunda semelhança entre a assembléia-geral de credores e a assembléia-geral de acionistas prevista na Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a assembléia-geral de quotistas prevista no Código Civil de 2002, normas que poderão ser utilizadas para balizar o funcionamento da assembléia-geral de credores.

A Lei que regula a Recuperação Judicial, a Extrajudicial e a Falência deu tratamento especial à questão, ampliando consideravelmente as atribuições da Assembléia Geral de Credores, que deixou de ser mero veículo para a deliberação das formas de realização do ativo, na falência, e passou a ter competência abrangente para as principais questões da recuperação judicial, mormente a aprovação, rejeição ou modificação ao plano de recuperação e a constituição do Comitê de Credores. (BERTASI. In: MACHADO, 2005, p. 139).

Com o aumento das atribuições, a assembléia-geral de credores tem a responsabilidade de deliberar sobre:

“a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor”:

Como já mencionado, a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, trouxe novamente ao direito brasileiro a necessidade de concordância dos credores para a concessão da recuperação judicial, o que era exigido para a concessão da concordata antes da vigência do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Os credores apreciam o plano de recuperação por meio da assembléia-geral. A assembléia-geral não tem a competência para modificar o plano, como pode parecer em uma primeira leitura da alínea em comento. O que pode ser feito em assembléia são sugestões de modificação do plano de recuperação, que só serão válidas se aprovadas pelo devedor. Como já exposto no item 4.3, se o credor não aceitar a modificação do plano, esta não poderá ser feita pela assembléia-geral. Porém, se a

assembléia rejeitar o plano, a falência será decretada, o que coloca o devedor na seguinte situação: ou aceita as modificações sugeridas na assembléia, ou o plano será rejeitado e a falência decretada.

“b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição”:

Como já exposto no tópico 4.8, o Comitê de Credores é eleito em assembléia. Cada classe escolhe seu representante mais dois suplentes. Porém, uma vez constituído o Comitê, para indicação ou substituição de membros não é obrigatória nova assembléia. Pode ser feito por requerimento assinado por mais da metade dos credores da classe correspondente. A forma de votação do Comitê, portanto, é diferente das demais votações da assembléia. Para o Comitê, cada classe indica um membro; para as votações gerais da assembléia, as decisões são tomadas por maioria dos votos de titulares de mais da metade dos créditos, computando credores de todas as classes.

“c) a substituição do administrador judicial e a indicação do substituto”:

O projeto aprovado colocava esta alínea como atribuição da assembléia-geral de credores, porém ela foi vetada pelo presidente da república. O veto se arrimou no argumento de que a nomeação e destituição do administrador judicial é competência do juiz, podendo criar impasses, se permanecesse a mesma atribuição também para a assembléia. Traz a mensagem de veto:

Há, portanto, no texto legal, um equívoco que merece ser sanado, elidindo-se a possibilidade de a lei vir a atribuir competências idênticas à assembléia-geral de credores e ao juiz da recuperação judicial ou da falência, o que ensejaria a inaplicabilidade do dispositivo, com inequívocos prejuízos para a sociedade, que almeja a celeridade do processo, e para o próprio Governo Federal, que tem adotado ações que possibilitem alcançar esse desiderato.

Finalmente, impõe-se registrar que o veto afastará, de plano, a possibilidade de que seja nomeada para o encargo pessoa que não seja da confiança do juízo. (BRASIL. Mensagem de veto nº 59, 2005).

A mensagem de veto ainda trouxe que a alínea deveria ter o objetivo de regular a substituição do gestor judicial e não do administrador. Traz a mensagem de veto sobre o tema: *“[...] houve um equívoco do legislador ao mencionar o ‘administrador judicial’, parecendo que pretendeu se referir ao ‘gestor judicial’, uma vez que, ao prever a convocação da assembléia-geral de credores para deliberar sobre nomes, o projeto refere-se a este último”*. (BRASIL. Mensagem de veto nº 59, 2005). Sobre o gestor judicial será explicado mais adiante e sobre o administrador judicial foi exposto no item 4.7 acima.

Com o veto, a competência para nomear e destituir o administrador judicial é exclusivamente do juiz da recuperação judicial.

“d) o pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4º do art. 52 desta Lei”:

Quando foi exposto sobre o procedimento da recuperação judicial, afirmou-se que, após o despacho que deferir o processamento da recuperação judicial, o devedor só poderia desistir com a anuência da assembléia-geral de credores¹⁷⁹. Assim, se o devedor quiser desistir do pedido de recuperação judicial deverá apresentar requerimento dirigido ao juiz para que este convoque a assembléia-geral de credores para deliberar sobre a desistência. Neste caso, não é o juiz que decide pela desistência ou não do devedor, mas, sim, a assembléia, ficando a cargo do juiz simplesmente a homologação da desistência em caso de aprovação. Manoel Justino Bezerra Filho (2005, p. 112-113) destaca a diferença de poderes da assembléia e do juiz, tendo este poder decisório e aquela poder deliberativo:

Nesta letra *d*, fica bem clara a diferença entre o caráter deliberativo da assembléia-geral e o caráter decisório da jurisdição. A desistência do pedido de recuperação judicial, para surtir todos os efeitos de direito, depende de sentença homologatória, com trânsito em julgado. [...] Portanto, se não houver aprovação na assembléia, não pode o juiz homologar a desistência. No entanto, mesmo havendo aprovação, compete ao juiz verificar se o pedido preenche as demais condições exigidas por lei, e só após tal verificação é que homologará a desistência.

Se a assembléia não aprovar o pedido de desistência não significa que a falência deverá ser decretada. A recuperação continuará normalmente e a falência só será decretada em caso de descumprimento das obrigações estabelecidas no plano.

“e) o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor”:

Gestor judicial não é sinônimo de administrador judicial. O gestor é aquela pessoa que assumirá o comando das atividades do devedor quando este for afastado. Até a escolha do gestor, o administrador exercerá suas atividades, mas uma vez eleito o gestor em assembléia, este assumirá suas funções e o administrador será afastado da gestão do negócio do devedor.

Se o gestor indicado pela assembléia recusar o cargo ou estiver impedido de assumir, o juiz deverá convocar nova assembléia-geral de credores para indicar outro nome. Todas as normas sobre deveres, impedimentos e remunerações do administrador são aplicadas ao gestor. Porém, como já exposto, suas funções são completamente diferentes. O administrador atua muito mais como um fiscal do devedor, e o gestor toma a frente nos negócios do devedor afastado. Assim, no desempenho de suas funções, o gestor será fiscalizado diretamente pelo administrador e, também, pelo Comitê de Credores.

¹⁷⁹ Ver item 4.5.

Apesar de estar à frente dos negócios do devedor, o gestor não tem qualquer vínculo com este. Deverá gerir os negócios com o objetivo de colocar em prática o plano de recuperação e minorar a crise econômico-financeira do devedor. Todas as normas aplicadas ao administrador, também regulam a atuação do gestor judicial. Após o cumprimento do plano de recuperação, o devedor assume suas atividades novamente.

“f) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores”:

Como é a assembléia-geral o órgão maior de representação dos credores na recuperação judicial, qualquer atitude que afetar interesses destes credores deve ser apreciada pela assembléia, sendo sua deliberação soberana, desde que obedeça aos ditames legais. *“O juiz, pelo poder que lhe é conferido, pode deixar de acatar decisões da assembléia-geral se atentarem contra as disposições e princípios da Lei ou se tiver qualquer outro motivo para entender de forma diversa, sempre evidentemente fundamentando sua disposição”* (BEZERRA FILHO, 2005, p. 113).

Explica Eduardo Goulart Pimenta (2006, p. 158), que o controle do juiz sobre a assembléia é sobre os requisitos formais, não podendo o órgão judicial interferir no conteúdo da decisão assemblear:

[...] o controle exercido judicialmente sobre as deliberações assembleares limita-se à verificação quanto ao respeito ou não dos requisitos formais. Não pode a autoridade judicial rever o conteúdo do voto dado pelo credor em assembléia regularmente convocada e instalada.

A forma de convocação da assembléia-geral será por edital, que deve ser publicado no órgão oficial e em jornais de grande circulação no local da sede e de todas as filiais do devedor. O edital deve ser publicado com uma antecedência mínima de quinze dias da data da assembléia. Essa antecedência conta-se da primeira publicação.

O edital deve conter local, data e hora que a assembléia será realizada, tanto em primeira, quanto em segunda convocação. O intervalo mínimo entre as convocações será de cinco dias. A assembléia só poderá ser realizada em primeira convocação se estiverem presentes credores titulares de mais da metade do valor dos créditos em cada classe. Não sendo instalada em primeira convocação, a segunda poderá acontecer com qualquer quorum.

Deve o edital trazer, também, a ordem do dia, que deve ser rigorosamente seguida. A assembléia só poderá deliberar validamente sobre os assuntos previstos no edital, pois todos os credores devem saber previamente o que poderá ser decidido. Sobre a assembléia-geral

prevista na Lei de Sociedades Anônimas explica Osmar Brina Corrêa-Lima (2003, p. 174-175):

É costume os editais de convocação de assembléias gerais incluírem, após a especificação das matérias a serem discutidas, expressão genérica como: “e outros assuntos de interesse geral”. Convém frisar que, sob o pálio dessa rubrica genérica, a assembléia só poderá deliberar, validamente, sobre assuntos urgentes, que não possam aguardar a convocação da assembléia geral sob pena de grave prejuízo ou, então, matérias rotineiras e de somenos importância. Qualquer matéria que escape desses parâmetros só poderá ser deliberada validamente se expressamente mencionada na ordem do dia.

A consideração é válida, também, para a assembléia-geral de credores prevista na Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Não são permitidas decisões surpresas em assembléia, mesmo que tenha o edital previsto assuntos gerais. A ordem do dia deve ser clara e detalhada, sem possibilidade de surpresas para os interessados.

É obrigatório, ainda, que o edital especifique o local em que os credores possam obter cópia do plano de recuperação judicial, quando a assembléia for deliberar sobre o plano. Em regra, o plano de recuperação fica à disposição no juízo da concordata e com o administrador judicial. Mas nada impede que sejam indicados outros locais, inclusive através de meios eletrônicos, como o endereço do site em que o plano de recuperação possa ser acessado.

Além dos editais, em todas as filiais e na sede do devedor deverão ser afixadas cópias do aviso de convocação para a assembléia. A intenção é que os meios de divulgação da assembléia sejam os mais amplos possíveis, capazes de alcançar todos os credores do empresário ou da sociedade empresária.

Eduardo Goulart Pimenta (2006, p. 151) explica, utilizando como base a assembléia prevista na Lei de Sociedades Anônimas e no Código Civil de 2002, que as formalidades para a convocação da assembléia-geral de credores podem ser supridas se houver o comparecimento unânime dos credores, expondo o seguinte:

Negar-se a possibilidade dos credores suprirem as formalidades de convocação da assembléia-geral de credores pelo seu comparecimento unânime, pela declaração escrita de ciência da data, hora, local e ordem do dia ou pelo acordo antecipado, unânime e por escrito sobre as deliberações é impor às partes um alto e inexplicável custo à sua autonomia de transação.

Explicando a assembléia-geral prevista na Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, Osmar Brina Corrêa-Lima (2003, p. 174) destaca a necessidade de comparecimento de todos os credores:

Independente das formalidades previstas para a convocação, será considerada regular a AG a que comparecerem todos os acionistas (art. 125, parágrafo único). Essa referência a “todos os acionistas” estende-se aos não-votantes, que, embora destituídos do direito de voto, podem comparecer às assembleias gerais, discutir e influir na decisão.

Com toda a regulamentação sobre as formalidades de convocação, instalação e realização da assembleia-geral de credores, só serão supridas tais formalidades com o comparecimento de todos os credores, inclusive os que podem estar presentes, mesmo sem direito a voto. Como será explicado mais adiante, os credores trabalhistas podem ser representados pelos seus respectivos sindicatos, desde que sejam filiados ao sindicato e não compareçam à assembleia. Para suprir as formalidades de convocação, é necessário que todos os credores trabalhistas estejam presentes ou, então, que autorizem expressamente ao sindicato ou outro procurador, pois a representação legal do sindicato não será suficiente para computar a presença de todos os credores trabalhistas em caso de falha na convocação. Os credores trabalhistas que não estiverem presentes, mesmo que representados pelo sindicato, poderão alegar defeito ou ausência de convocação.

A assembleia é sempre convocada pelo juiz. Podem requerer a convocação da assembleia credores que representem no mínimo vinte e cinco por cento do valor dos créditos de uma determinada classe, o Comitê de Credores e o administrador judicial. O requerimento deve justificar a necessidade da convocação da assembleia e especificar os assuntos a serem colocados em pauta. O juiz poderá acrescentar outros assuntos, mas todas as matérias objeto de deliberação devem ser expostas no edital. Se o juiz entender que não existe a necessidade da assembleia, o pedido poderá ser indeferido e, como toda decisão judicial, o indeferimento deve ser fundamentado.

Em algumas situações, a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, determina a obrigatoriedade da convocação da assembleia-geral de credores. Para deliberar sobre a constituição ou alteração do Comitê de Credores, após o deferimento do processamento da recuperação judicial e até o término da recuperação, os credores titulares de pelo menos vinte e cinco por cento dos créditos de uma determinada classe podem requerer ao juiz a convocação da assembleia-geral para deliberar sobre a constituição do Comitê de Credores ou alteração de seus membros, o que não poderá ser negado pelo magistrado. Se o devedor pedir a desistência da recuperação judicial após o processamento, o juiz terá que convocar a assembleia para deliberar sobre o pedido de desistência. Se existir alguma objeção ao plano de

recuperação¹⁸⁰, o juiz terá que convocar a assembléia dentro de cento e cinquenta dias após o deferimento do processamento da recuperação, para deliberar sobre a aprovação do plano. Se o juiz afastar o devedor da administração de seus negócios, terá que convocar a assembléia para deliberar sobre a nomeação do gestor judicial que assumirá no lugar do devedor e, se o gestor recusar, terá que ser convocada nova assembléia em setenta e duas horas seguintes à recusa. Estes são os casos de convocação obrigatória da assembléia de credores na recuperação judicial.

Todas as despesas necessárias para a convocação e realização da assembléia são de responsabilidade do devedor. Porém, quando o requerimento vier do Comitê de Credores ou de credores que representem pelo menos vinte e cinco por cento dos créditos de uma classe, não será o devedor que vai arcar com as despesas. A Lei não traz quem deverá arcar com as despesas neste último caso. Explica Manoel Justino Bezerra Filho (2005, p. 116) que as despesas de convocação e realização da assembléia são por conta do devedor *“a menos que seja convocada pelo Comitê de Credores ou por 25% do total dos créditos, caso em que as despesas serão de responsabilidade de quem tomou a iniciativa da convocação”*.

A assembléia é conduzida pelo administrador judicial, que assumirá a presidência, devendo eleger um secretário entre os credores presentes. Se a assembléia tiver como objeto o afastamento do administrador judicial ou qualquer outro assunto que lhe seja incompatível, a presidência será exercida pelo credor presente que for titular do maior crédito¹⁸¹. Se um mesmo credor possuir créditos em mais de uma classe, estes devem ser somados para se

¹⁸⁰ Sobre objeção ao plano de recuperação, ver item 4.5.

¹⁸¹ Para quem for presidir a assembléia vale as lições de Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 90-91) sobre a condução dos trabalhos:

“A apreciação de cada ponto de pauta compreende, em geral, duas fases: a) debates; b) votação.

Essas fases devem ser marcadamente distinguidas por determinadas falas ritualísticas do presidente, como o anúncio aos credores do encerramento de uma e início da subsequente. Na fase de debates, a mesa recupera, brevemente, a essência do ponto e passa a palavra, eventualmente, para profissionais que auxiliam o administrador judicial, convocados para explanarem sobre a matéria. Seguem-se as perguntas dos credores, e as respostas com os esclarecimentos pertinentes.

Quando o presidente considerar terem sido dados os esclarecimentos necessários e pertinentes, anuncia a abertura das discussões. Os credores devem receber a palavra da mesa, observada a ordem com que a solicitaram. Apartes e réplicas também devem ser solicitados à mesa, que deve zelar para que todos tenham respeitado o direito a voz assegurado na lei.

Encerrada a discussão, o presidente anuncia o início da fase de votação, em que não é admitida nenhuma outra manifestação dos credores além do voto.

Convém que o presidente sintetize a proposta, ou propostas em votação, antes de colher os sufrágios. Cabe-lhe, inclusive, desse momento, definir e divulgar a ordem em que serão dados os votos, podendo adotar qualquer critério (alfabético, classificação ou valor do crédito, assinatura na lista de presença etc.).

Após a manifestação de todos os credores, o secretário proclama o resultado, e assim termina a apreciação do ponto de pauta em questão. Concluída a ordem do dia, o presidente declara encerrada a assembléia e determina que seja lavrada a ata, com a reprodução fiel dos trabalhos”.

identificar o maior crédito, pois, neste caso, a Lei não exigiu crédito de uma determinada classe.

Todos os credores deverão assinar uma lista de presença que será encerrada no momento da instalação da assembléia.

Os credores deverão assinar lista de presença até o momento da instalação da assembléia-geral. Se esta for instalada sem a presença de credor que não assinou a lista, para todos os fins não poderá participar das deliberações. Para tanto, a Lei estabelece que, no momento em que se instala a assembléia, encerra-se o livro de presença, de tal forma que eventuais retardatários não serão considerados presentes para quaisquer fins. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 117).

A lista de presença traz segurança jurídica para a assembléia. Se os credores pudessem chegar a qualquer momento e exercer o direito de voto, as votações não seriam encerradas até o término da assembléia. A base de cálculo para o quorum de votação seria alterada toda vez que um credor chegasse. Isto prejudicaria os trabalhos da assembléia (COELHO, 2005).

O quorum de instalação será verificado pela lista de presença. “*O quorum de instalação corresponde ao número mínimo de acionistas necessários à instalação da assembléia*” (BORBA, 2003, p. 374). Se não tiver o quorum mínimo exigido, a assembléia não poderá ser instalada em primeira convocação.

Os devedores poderão ser representados na assembléia por mandatário devidamente constituído ou por representante legal, porém, o representante deverá entregar ao administrador judicial, até vinte e quatro horas antes da assembléia, o documento que lhe comprove os poderes ou indicar em quais folhas dos autos este documento se encontra. Esta comunicação também deve obedecer ao prazo de vinte e quatro horas de antecedência (COELHO, 2005). No caso do mandatário, o mandato deverá ser expresso e na forma escrita, posto que o instrumento deverá ser entregue ao administrador judicial¹⁸². Reforça mais este entendimento a obrigação do mandato trazer os poderes que podem ser exigidos pelo mandatário. Não se trata de mandato geral, pois a votação em assembléia-geral de credores não é um ato de mera administração, devendo o mandato ser especial para a representação em assembléia-geral de credores¹⁸³.

¹⁸² Art. 656 do Código de Civil de 2002: “*O mandato pode ser expresso ou tácito, verbal ou escrito*”.

Art. 657 do Código de Civil de 2002: “*A outorga do mandato está sujeita à forma exigida por lei para o ato a ser praticado. Não se admite mandato verbal quando o ato deva ser celebrado por escrito*”.

¹⁸³ Art. 660 do Código de Civil de 2002: “*O mandato pode ser especial a um ou mais negócios determinadamente, ou geral a todos os do mandante*”.

Art. 661 do Código de Civil de 2002: “*O mandato em termos gerais só confere poderes de administração*.”

§ 1º *Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos.*

Feita a comunicação com a antecedência legal em relação à primeira convocação, não é necessário que ela se repita também para a segunda. Como se trata da mesma Assembléia, deve-se considerar que o administrador judicial já está ciente da outorga da procuração. Note-se, porém, que nada impede o credor fazer-se representar apenas na segunda convocação, por ter faltado à primeira ou ter a ela comparecido pessoalmente, desde que se faça a devida comunicação ao administrador judicial nas 24 horas antes da data prevista no aviso. (COELHO, 2005, p. 94).

O autor ainda expõe que, nos casos de credores pessoas jurídicas, não há necessidade de comunicação ao administrador judicial se esta for representada por seus diretores ou administradores. Basta que apresentem o ato que os constituiu. Aliás, também as pessoas físicas têm que se identificar na assembléia-geral de credores. Assim, a representação a que a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, se refere é a representação trazida nos artigos 115 a 120 do Código Civil de 2002 (COELHO, 2005).

Os empregados titulares de créditos trabalhistas ou decorrentes de acidente de trabalho poderão ser representados por seus sindicatos. Para exercer a representação, o sindicato deve apresentar ao administrador, até dez dias antes da assembléia, a relação dos associados que serão representados. Se o mesmo empregado estiver na relação de mais de um sindicato, ele terá que indicar, até vinte e quatro horas antes da assembléia, qual poderá representá-lo. Caso não o faça, nenhum dos sindicatos poderá exercer a representação do trabalhador. Para que o sindicato represente os trabalhadores não é necessário qualquer autorização expressa do trabalhador, exceto para o caso de o trabalhador ser filiado a dois sindicatos, como exposto acima. Se o trabalhador comparecer à assembléia ou constituir mandatário para tal, o sindicato não o representará; o voto será direito do trabalhador ou do mandatário constituído. *“O sindicato representará somente os trabalhadores que não comparecerem à assembléia, garantindo, pois, a participação direta daqueles que não desejarem ser representados por sua entidade sindical”* (BRASIL. Mensagem de veto nº 59, 2005).

Note-se que o sindicato não vota em nome de toda a categoria, mas somente daqueles trabalhadores que comprovadamente são filiados ao sindicato, pois a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, refere-se a associados e não a membros da categoria, não tendo a mesma amplitude da norma constitucional que determina a competência dos sindicatos¹⁸⁴.

Como já explicado, quando a assembléia tiver como objeto a destituição do administrador judicial ou qualquer outro assunto que não lhe seja compatível, será presidida

§ 2º *O poder de transigir não importa o de firmar compromisso”.*

¹⁸⁴ Art. 8º, inciso III, da Constituição da República de 1988: *“ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.*

pelo credor presente titular do maior crédito. A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, traz que os representantes ou procuradores e os sindicatos têm que apresentar os documentos comprovantes de suas condições ao administrador. Porém, nestes casos, como o administrador não tomará a presidência da assembléia e pode nem estar presente nela, seria mais viável que os documentos comprobatórios fossem protocolados no juízo da recuperação, a fim de se evitar que um administrador de má-fé dificulte a realização de uma assembléia que vai deliberar contra seus interesses.

O juiz não precisa estar presente na assembléia-geral de credores. Ao término da assembléia, será lavrada ata, contendo o nome de todos os presentes e as assinaturas do presidente, do devedor e de dois membros de cada uma das classes votantes. A ata juntamente com a lista de presença deverá ser juntada aos autos da recuperação pelo presidente da assembléia em quarenta e oito horas, contadas do término da assembléia.

O voto na assembléia será sempre proporcional ao valor do crédito, exceto para a aprovação do plano de recuperação, que deverá ser aprovado por todas as classes e para indicação ao Comitê de Credores. O critério para a aprovação do plano de recuperação será explicado adiante; sobre o Comitê de Credores já foi explicado no tópico 4.8 acima. O crédito em moeda estrangeira será convertido para moeda nacional pelo câmbio do dia anterior à assembléia. Como o câmbio pode variar durante um mesmo dia, entende-se que será o câmbio do fechamento do dia anterior. Vale destacar a explicação de Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 97) sobre a necessidade de detalhamento sobre a taxa de câmbio:

A definição de taxa de câmbio não pode ser feita de modo suficiente pela indicação do dia (vésperas da Assembléia), mas pressupõe a indicação de um agente financeiro e de um momento preciso a considerar. Como a lei não desceu a este detalhe, deve o juiz, na convocação, estabelecer de modo preciso o critério a ser obedecido pelo administrador judicial. Quando houver credor com crédito em moeda estrangeira, convém, por exemplo, o juiz consignar na convocação que, para fins de quorum e votação, será adotada a taxa de câmbio do fechamento do dia imediatamente anterior do banco por ele indicado [...] ou a que for divulgada pelo veículo jornalístico que ele escolher.

Se a assembléia se realizar após a consolidação do quadro-geral de credores, terão direito a voto todos os credores relacionados no quadro. Se o quadro-geral ainda não estiver consolidado, a referência será a relação de credores publicada pelo administrador judicial após a verificação dos créditos feita por ele ou, na ausência desta relação, os credores relacionados na lista apresentada pelo devedor com o pedido de recuperação. Em qualquer dos casos, se o nome do credor não estiver na relação que balizar a votação na assembléia, mas este já tiver

com seu crédito habilitado, terá direito a voto e, a *contrario sensu*, se o crédito foi excluído, não tem direito a voto.

[...] além dos constantes das relações referidas, poderão votar também os créditos que acaso já estiverem formalmente habilitados, bem como aqueles que, embora ainda não habilitados, tenham obtido determinação de reserva de importâncias, a menos que sejam retardatários. Credores trabalhistas, mesmo retardatários, podem votar (art. 10, §§ 1º e 2º). (BEZERRA FILHO, 2005, p. 120)¹⁸⁵.

O mesmo raciocínio vale para os créditos que tenham seus valores alterados; o credor votará com o valor do crédito aceito na recuperação. Vale ressaltar, novamente, que os credores não trabalhistas que habilitarem seus créditos tardiamente não terão direito a voto na assembléia. As decisões em assembléia são tomadas pelos credores que têm condições de voto na data da mesma. Futuras alterações na relação de credores não influenciam as assembléias já realizadas. A Lei proíbe qualquer tipo de liminar, cautelar ou antecipação dos efeitos da tutela para suspender ou adiar a assembléia-geral de credores, quando se tratar de discussão pendente sobre existência, quantificação ou classificação de créditos.

Existem alguns impedimentos de natureza pessoal que impossibilitam alguns credores de votar. Assim, sociedades coligadas, controladoras, controladas ou que tenham sócio ou acionista com participação superior a dez por cento do capital social do devedor ou que o devedor ou algum de seus sócios detenham mais de dez por cento do capital, não têm direito de votar na assembléia, como também não têm direito o cônjuge ou parente colateral, consanguíneo ou por afinidade, até o segundo grau, ascendente ou descendente do devedor, do sócio controlador, de membro dos conselhos consultivo, fiscal ou semelhante da sociedade devedora ou sociedades em que estas pessoas atuem em uma dessas funções. Estes impedidos também não são computados para o quorum de instalação da assembléia-geral de credores. Têm direito apenas de participar da assembléia, com direito a voz, mas sem direito a voto. Os credores titulares de créditos que não são submetidos à recuperação não têm direito a voto e nem são computados para o quorum necessário para a instalação da assembléia.

¹⁸⁵ No mesmo sentido é a opinião de Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 99). Eduardo Goulart Pimenta (2006, p. 153) entende que os credores habilitados que não constem na relação que será utilizada como base para assembléia poderão participar da assembléia, mas sem direito a voto: “É possível que o credor participe da assembléia-geral ora tratada mesmo que não mencionado na relação de credores divulgada pelo empresário postulante da recuperação ou pelo administrador judicial na forma do art. 7º, § 2º. Basta, para isso, que tenha providenciado sua habilitação até a data da realização da assembléia ou que se tratem de créditos admitidos ou alterados por decisão judicial. Porém, nestes casos não terão estes credores direito a voto e nem serão considerados para fins de verificação de quorum de instalação ou deliberação”.

A assembléia é composta por credores titulares de créditos trabalhistas e decorrentes de acidentes de trabalho; titulares de crédito com garantia real¹⁸⁶; e titulares de créditos quirografários¹⁸⁷, com privilégio especial¹⁸⁸, com privilégio geral¹⁸⁹ ou subordinado¹⁹⁰. Nas votações por classe, é esta a divisão, exceto para indicação dos membros do Comitê de Credores, em que os titulares de créditos com privilégio geral votam juntamente com os titulares de créditos com garantia real e os titulares de créditos subordinados não têm direito a voto.

Os titulares de crédito da primeira classe, ou seja, trabalhistas e provenientes de acidente de trabalho, votam sempre nesta mesma classe com o valor total de seus créditos. Os titulares de créditos com garantia real votam nesta classe até o limite do valor do bem que garante o crédito e com a outra classe com o valor restante do crédito, quando o bem não for suficiente para garantir o total.

¹⁸⁶ O Código Civil de 2002 regula a garantia real em seus arts. 1.419 a 1.510, trazendo os seguintes conceitos: “Art. 1.419. Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação”.

“Art. 1.431. Constitui-se o penhor pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação”.

“Art. 1.473. Podem ser objeto de hipoteca: I - os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles; II - o domínio direto; III - o domínio útil; IV - as estradas de ferro; V - os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham; VI - os navios; VII - as aeronaves”.

“Art. 1.506. Pode o devedor ou outrem por ele, com a entrega do imóvel ao credor, ceder-lhe o direito de perceber, em compensação da dívida, os frutos e rendimentos”. Este último artigo refere-se à anticrese.

¹⁸⁷ Art. 83, inciso VI, da Lei Federal nº 11.101, de 09 de federal de 2005: “créditos quirografários, a saber: a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo; b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento”;

¹⁸⁸ Art. 964 do Código Civil de 2002: “Têm privilégio especial: I - sobre a coisa arrecadada e liquidada, o credor de custas e despesas judiciais feitas com a arrecadação e liquidação; II - sobre a coisa salvada, o credor por despesas de salvamento; III - sobre a coisa beneficiada, o credor por benfeitorias necessárias ou úteis; IV - sobre os prédios rústicos ou urbanos, fábricas, oficinas, ou quaisquer outras construções, o credor de materiais, dinheiro, ou serviços para a sua edificação, reconstrução, ou melhoramento; V - sobre os frutos agrícolas, o credor por sementes, instrumentos e serviços à cultura, ou à colheita; VI - sobre as alfaías e utensílios de uso doméstico, nos prédios rústicos ou urbanos, o credor de aluguéis, quanto às prestações do ano corrente e do anterior; VII - sobre os exemplares da obra existente na massa do editor, o autor dela, ou seus legítimos representantes, pelo crédito fundado contra aquele no contrato da edição; VIII - sobre o produto da colheita, para a qual houver concorrido com o seu trabalho, e precipuamente a quaisquer outros créditos, ainda que reais, o trabalhador agrícola, quanto à dívida dos seus salários”.

¹⁸⁹ Art. 965 do Código Civil de 2002: “Goza de privilégio geral, na ordem seguinte, sobre os bens do devedor: I - o crédito por despesa de seu funeral, feito segundo a condição do morto e o costume do lugar; II - o crédito por custas judiciais, ou por despesas com a arrecadação e liquidação da massa; III - o crédito por despesas com o luto do cônjuge sobrevivente e dos filhos do devedor falecido, se foram moderadas; IV - o crédito por despesas com a doença de que faleceu o devedor, no semestre anterior à sua morte; V - o crédito pelos gastos necessários à manutenção do devedor falecido e sua família, no trimestre anterior ao falecimento; VI - o crédito pelos impostos devidos à Fazenda Pública, no ano corrente e no anterior; VII - o crédito pelos salários dos empregados do serviço doméstico do devedor, nos seus derradeiros seis meses de vida; VIII - os demais créditos de privilégio geral”.

¹⁹⁰ Art. 83, inciso VIII, da Lei Federal nº 11.101, de 09 de federal de 2005: “créditos subordinados, a saber: a) os assim previstos em lei ou em contrato”. A Lei Federal nº 6.404, de 15 de novembro de 1976, traz em seu art. 58, § 4º: “A debênture que não gozar de garantia poderá conter cláusula de subordinação aos credores quirografários, preferindo apenas aos acionistas no ativo remanescente, se houver, em caso de liquidação da companhia”.

A regra é que as decisões são tomadas pelo voto dos credores titulares de mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia, independentemente da classe. Na recuperação, esta regra não é aplicada na votação que objetive aprovar o plano de recuperação e a composição do Comitê de Credores¹⁹¹.

O plano de recuperação deverá ser aprovado por todas as classes de credores. Assim, cada classe vota separadamente. Na classe dos credores trabalhistas e titulares de créditos advindos de acidente de trabalho a aprovação do plano se dará pela maioria simples dos presentes, sendo que esta maioria é calculada com base no número de credores e não no valor dos créditos. A justificativa para esta forma de votação está no parecer apresentado sobre o projeto de lei que deu origem à Nova Lei de Falências:

Na classe dos trabalhadores, as diferenças entre os credores podem implicar inadmissível detrimento dos pequenos, que têm menor capacidade econômica para aceitar descontos ou diferimentos no recebimento, dado que o caráter alimentar das parcelas trabalhistas é tanto maior quanto menor for o crédito.

Propomos, assim que os votos dos trabalhadores nas votações por classe sejam tomados na proporção de um voto por trabalhador, e não em função do valor do crédito de cada um. Com essa medida, a todos os trabalhadores é dado igual peso na votação, o que protege os mais humildes. (TEBET, 2004, p. 17872).

Nas outras classes são dois critérios: deve ter a aprovação dos titulares de mais da metade do valor total dos créditos da respectiva classe e pela maioria simples dos credores. Para os dois critérios, usa-se, como base, somente os credores presentes na assembléia. Não têm direito de votar o plano de recuperação judicial os titulares de créditos que não serão alterados pelo plano. Por exemplo: se o plano estipular que todos os créditos trabalhistas serão pagos em sua integralidade e nas condições originais, o plano não precisa ser aprovado pelos credores trabalhistas; estes não terão direito a votar o plano.

Se o plano não for aprovado por uma das classes, mas conseguir votos favoráveis de pelo menos um terço dos créditos presentes na assembléia e pertencentes à classe que o rejeitou, e se no cômputo total dos créditos de todas as classes obteve mais da metade dos votos dos presentes, o juiz poderá conceder a recuperação judicial, desde que o plano não estabeleça tratamento diferenciado entre os credores da classe que o rejeitou. A Lei utiliza o verbo poderá, mas há de se entender que é direito do devedor ter a recuperação concedida. Assim, se o juiz não a conceder, deverá fundamentar sua decisão, expondo os motivos da negativa.

¹⁹¹ Sobre Comitê de Credores, ver item 4.8.

A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, ressalva o direito dos terceiros de boa-fé nos casos de invalidação da assembléia, imputando responsabilidade aos credores que contribuíram com dolo ou culpa para a decisão prejudicial.

4.10. Efeitos da recuperação judicial para o devedor

A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, expõe textualmente que todas as disposições que se aplicam ao devedor e ao falido — empresário ou sociedade empresária — também devem ser aplicadas aos sócios com responsabilidades ilimitadas. Assim, os efeitos aqui expostos serão os mesmos para o sócio ilimitadamente responsável. No âmbito criminal, os sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, do devedor ou do falido, são equiparados a estes para todos os efeitos penais. Ao dispor sobre os responsáveis pelas decisões administrativas do devedor ou do falido, a Lei imputou responsabilidade penal a todos eles, mesmo que participem das decisões sem constar nos registros jurídicos do devedor, ou seja, se forem participantes de fato.

Evidentemente, alguns empresários tentam se safar da persecução criminal apresentando contratos feitos às pressas, nas vésperas da decretação da falência, tentando esclarecer que já não eram mais sócios da empresa quando da quebra, o que é totalmente insustentável, posto que a prova da retirada da sociedade comercial só se dá com o contrato social que deverá necessariamente ser arquivado na Junta Comercial. (MIGLIARI JÚNIOR. In: TOLEDO; ABRÃO, 2005, p. 461).

Tentando evitar tais situações, a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, imputa responsabilidade criminal também para aqueles que contribuíram para a situação de dificuldade econômico-financeira do devedor ou do falido, mesmo que não tenham formalmente poder de decisão, mas participem de fato dos negócios do devedor em recuperação ou do falido.

Assim que for concedida a recuperação judicial, o juiz deverá determinar, ao Registro Público de Empresas Mercantis, a anotação da expressão “em Recuperação Judicial” após o nome empresarial do devedor¹⁹². Todos os atos, contratos e documentos do devedor deverão constar tal expressão. A Lei procura garantir a publicidade da situação em que o devedor se encontra para que todos aqueles que contratarem com o devedor conheçam tal situação.

¹⁹² Sobre o procedimento para anotação consultar <http://www.dnrc.gov.br/Servicos_dnrc/sa/Recuperacao-Judicial-e-Falencia.pdf> Acesso em: 01 fev. 2007..

O principal efeito jurídico da recuperação judicial e o mais procurado pelos requerentes é a manutenção da administração do negócio. Se a falência for decretada, o devedor perde a gestão de seu negócio. A recuperação permite que o devedor continue a frente de suas atividades empresariais, mas, para isso, terá que apresentar um plano de recuperação convincente, capaz de conquistar a confiança dos credores. Enquanto o plano de recuperação estiver sendo cumprido, o devedor não poderá ter sua falência decretada em virtude dos créditos que fazem parte do plano de recuperação.

Como já exposto, o devedor ficará sempre sob a fiscalização do administrador judicial e, quando existir, do Comitê de Credores. Estes dois órgãos não poderão intervir na gestão do negócio do devedor, podendo, apenas, fiscalizar se o que foi previsto no plano de recuperação está sendo cumprido. Citando como exemplo os Estados Unidos, Alemanha e França, Eduardo Secchi Munhoz (In: SOUZA JÚNIOR; PITOMBO, 2005) explica que a maioria dos países adota esta orientação, ou seja, manter o devedor na condução dos negócios, fiscalizado pelo administrador e representantes dos credores.

Mesmo já tendo a recuperação judicial concedida, o devedor pode vir a ser afastado do comando de suas atividades.

A possibilidade de o juiz afastar os sócios e os administradores em determinadas hipóteses é, por outro lado, de fundamental importância. É preciso distinguir a empresa (atividade) e o estabelecimento (complexo de bens) do empresário (sujeito da atividade); sob o comando de um determinado empresário, a atividade pode ter sido mal sucedida, o que não significa que não poderiam ser obtidos resultados positivos, caso o seu exercício, juntamente com o complexo de bens, fosse transferido para um outro empresário. Essa mudança da titularidade da atividade empresarial pode ser essencial para permitir a recuperação da empresa e para a aprovação do plano pelos credores, sobretudo, quando estes não confiam na competência, ou ainda pior, na probidade do empresário anterior. (MUNHOZ. In: SOUZA JÚNIOR; PITOMBO, 2005, p. 304).

Com esta orientação, a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, prevê algumas situações que resultarão no afastamento do devedor.

A primeira delas é a condenação penal por crimes em outras recuperações ou falências¹⁹³ e por crime contra o patrimônio¹⁹⁴, a economia popular¹⁹⁵ ou a ordem econômica¹⁹⁶. A segunda é a existência de fortes indícios¹⁹⁷ de crimes de natureza falimentar

¹⁹³ Os crimes são previstos pelos arts. 168 a 178 da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.

¹⁹⁴ Crimes previstos nos arts. 155 a 180 do Código Penal Brasileiro.

¹⁹⁵ Crimes definidos pela Lei Federal nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951.

¹⁹⁶ Crimes definidos pela Lei Federal nº 8.176, de 08 de fevereiro de 1991.

¹⁹⁷ Art. 239 do Código de Processo Penal: “*Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*”.

contra o empresário que está requerendo a recuperação ou, quando se tratar de sociedade empresária, contra seus administradores e controlador.

Sempre que o devedor tentar prejudicar interesses dos credores agindo com dolo, simulação ou fraude, poderá perder a administração de seus negócios.

Outras causas de perda da administração é realização de gastos pessoais manifestamente excessivos para a situação patrimonial do devedor, despesas injustificáveis por sua natureza ou volume, se comparada ao gênero ou negócio do devedor, descapitalização injustificada do negócio ou operações prejudiciais à atividade e simulação ou omissão de créditos na lista que tem que ser apresentada juntamente com o pedido de recuperação judicial sem que tenha um forte motivo para tal. Tais atos demonstram a incapacidade de administração do devedor, devendo, portanto, ser afastado.

Como já explicado alhures, sempre que o devedor se negue a prestar as informações solicitadas pelo administrador judicial ou pelo Comitê de Credores, ele poderá perder a administração do negócio, o que torna efetivo o poder de fiscalização destes dois órgãos. Outra forma de afastamento é a previsão no plano de recuperação judicial, neste último caso, não como punição, mas com a concordância do devedor, como forma de reerguer a atividade econômica por este desenvolvida.

Traz o parágrafo único do artigo 64 da Nova Lei de Falências que “*o juiz destituirá o administrador, que será substituído na forma prevista nos atos constitutivos do devedor ou do plano de recuperação*”. Se o devedor ou seus sócios não se opuserem à perda dos poderes de administração, poderão modificar o ato constitutivo para constar o novo administrador, mas caso haja alguma resistência, basta a ordem judicial para que o novo gestor judicial assumira o comando das atividades do devedor em recuperação. Não tem porque o juiz esperar a alteração dos atos constitutivos do devedor.

À pessoa que assume a administração das atividades do devedor a Lei dá o nome de gestor judicial, que será eleito pela assembleia-geral de credores. Até a eleição, o administrador judicial assumirá o comando dos negócios do devedor¹⁹⁸.

Mesmo continuando com a administração de seus negócios, após o pedido de recuperação judicial, se o plano de recuperação não previr, o devedor não mais poderá alienar ou onerar quaisquer bens ou direitos de seu ativo permanente sem que tenha permissão do juiz da recuperação. Como já exposto no item 4.8, para conceder tal permissão, o juiz deverá ouvir o Comitê de Credores ou, na sua ausência, o administrador judicial. A alienação ou oneração

¹⁹⁸ Sobre a eleição do gestor judicial ver item 4.9.

de bens do ativo permanente sem a autorização judicial é ineficaz perante a massa falida, se a falência vier a ser decretada antes do cumprimento do plano de recuperação.

Ativo permanente¹⁹⁹ é uma das contas do balanço patrimonial onde ficam registradas as participações do devedor em outras sociedades, os bens e direitos destinados à manutenção das atividades do devedor e as aplicações de recursos em despesas que contribuirão para a formação do resultado de mais de um exercício social²⁰⁰. Assim, em regra, é no ativo permanente que se encontram registrados os bens mais valiosos do devedor. A Nova Lei de Falências tenta impedir que o devedor dilapide seu patrimônio, tentando evitar que os credores fiquem desprotegidos caso o plano de recuperação não seja cumprido.

Diversamente do previsto pelo Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, que trazia expressamente que a concordata não produz novação²⁰¹, a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, prevê que o plano de recuperação judicial produz novação entre o devedor e os credores a ele submetidos, porém, mesmo com a novação, as garantias são mantidas. As garantias somente serão suprimidas se tiver consentimento expresso do credor titular com crédito garantido.

A Nova Lei de Falências criou regras próprias para regular a novação por ela prevista. O Código Civil de 2002 prevê que a novação extingue os acessórios e garantias da dívida se não houver estipulação em contrário²⁰². Pela Nova Lei de Falências, as garantias são mantidas, exceto se houver a concordância expressa do credor. Além do mais, a novação fica

¹⁹⁹ Art. 178 da Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976: “No balanço, as contas serão classificadas segundo os elementos do patrimônio que registrem, e agrupadas de modo a facilitar o conhecimento e a análise da situação financeira da companhia.

§ 1º No ativo, as contas serão dispostas em ordem decrescente de grau de liquidez dos elementos nelas registrados, nos seguintes grupos: [...]

c) ativo permanente, dividido em investimentos, ativo imobilizado e ativo diferido”.

²⁰⁰ Art. 179 da Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976: “As contas serão classificadas do seguinte modo: [...]

III - em investimentos: as participações permanentes em outras sociedades e os direitos de qualquer natureza, não classificáveis no ativo circulante, e que não se destinem à manutenção da atividade da companhia ou da empresa;

IV - no ativo imobilizado: os direitos que tenham por objeto bens destinados à manutenção das atividades da companhia e da empresa, ou exercidos com essa finalidade, inclusive os de propriedade industrial ou comercial;

V - no ativo diferido: as aplicações de recursos em despesas que contribuirão para a formação do resultado de mais de um exercício social, inclusive os juros pagos ou creditados aos acionistas durante o período que anteceder o início das operações sociais”.

²⁰¹ Sobre a novação, ver nota 135.

²⁰² Veja as estipulações do Código Civil de 2002 sobre os efeitos da novação:

“Art. 364. A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário. Não aproveitará, contudo, ao credor ressaltar o penhor, a hipoteca ou a anticrese, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação. [...]

Art. 366. Importa exoneração do fiador a novação feita sem seu consentimento com o devedor principal”.

submetida a uma espécie de condição resolutiva²⁰³, que é o não cumprimento do plano de recuperação. Se o plano de recuperação for cumprido pelo período de dois anos após a concessão da recuperação, a novação é perfeitamente válida. Se não for cumprido, a falência será decretada e os credores terão direito a seus créditos de acordo com as condições inicialmente contratadas, abatidos os valores que eventualmente receberam, ou seja, a novação se resolve e retorna-se o crédito ao *status quo ante* ao plano de recuperação. Ressalta Eduardo Secchi Munhoz (In: SOUZA JÚNIOR; PITOMBO, 2005) que, em determinadas situações, não será possível resolver totalmente a novação, posto que alguns efeitos serão definitivos, mas o próprio autor ressalta que a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, prevê que os atos validamente praticados em cumprimento ao plano de recuperação não perdem seus efeitos. Expõe o autor:

Conclui-se assim que, a depender do meio de recuperação aprovado no plano, a novação produzirá efeitos definitivos, não sendo resolvida ainda que o devedor venha a descumprir as obrigações assumidas no prazo de até 2 anos da concessão de recuperação. Isso porque, repita-se, a resolução da novação pode prejudicar os atos validamente praticados no âmbito da recuperação. Essa idéia é coerente com entendimento de que a resolução da novação não gera a ressurreição do vínculo primitivo (*prior obligatio*), mas gera uma segunda *nova obligatio*, irradiada da resolução do negócio jurídico novativo. (MUNHOZ. In: SOUZA JÚNIOR; PITOMBO, 2005, p. 291-292).

Outra particularidade da novação prevista pela Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, é que ela não deriva exclusivamente da vontade das partes, mas da Lei. Mesmo os credores que não concordarem com o plano de recuperação se submetem a seus efeitos. Assim, se o plano for aprovado, a novação se opera para todos os credores, mesmo os que não votaram a favor do plano, ou seja, mesmo para os que não deram o consentimento.

Como se opera a novação, não mais se pode afirmar que o saldo do crédito inicial que não foi pago por se ter submetido ao plano de recuperação tem a natureza de obrigação natural, pois, com a novação, a dívida antiga se extingue e é criada nova dívida prevista pelo plano de recuperação judicial.

Os efeitos da recuperação só cessarão com a sentença que decretar o encerramento da recuperação judicial, após o cumprimento das obrigações previstas no plano para os dois primeiros anos posteriores à concessão da recuperação. Nesta decisão, o juiz deverá, inclusive, mandar comunicar ao Registro Público de Empresas Mercantis para que seja

²⁰³ Art. 121 do Código Civil de 2002: “Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”.

Art. 127 do Código Civil de 2002: “Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido”.

retirada a expressão “em Recuperação Judicial” do nome empresarial do devedor. Somente o juiz pode determinar a inscrição e a retirada de tal expressão do nome empresarial do devedor.

Cessados os efeitos da recuperação, o devedor passa a exercer suas atividades sem qualquer restrição, retomando livremente sua vida empresarial.

4.11. Efeitos da recuperação judicial para os credores

Não é possível separar, com absoluta clareza, quais são os efeitos para o devedor e quais são os efeitos advindos para os credores na Nova Lei de Falências, assim como também não era possível no Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Pois todos os efeitos atingem tanto devedor quanto credores. A divisão aqui exposta tem o único objetivo de tentar expor os efeitos para os envolvidos, tendo o tópico anterior focado o devedor e o atual, os credores.

Assim, os credores que receberam seus créditos a título gratuito não poderão exigí-los no processo de recuperação judicial ou na falência.

O dispositivo não oferece maiores dificuldades, estipulando de forma direta e objetiva que doações, atos de benevolência, favores prometidos, não podem ser cobrados na falência. Poderá também ser considerado ato a título gratuito o aval prestado sem interesse econômico direto da empresa, fiança, cessão, comodato, etc. É necessário especial atenção para que não se permita a reclamação de crédito decorrente de atos que, embora aparentemente possam revestir a forma de onerosos, no fundo são efetivamente gratuitos, v. g., uma promessa de venda simulada que, na realidade seria uma doação; de qualquer forma, este exemplo adentra já o campo do negócio simulado, da fraude. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 57).

Os exemplos apresentados também são perfeitamente válidos para a recuperação judicial. *A contrario sensu* do que expõe o autor, deve-se ter atenção especial também para os créditos que inicialmente parecem gratuitos mas não o são. Seguem-se dois exemplos para ilustrar: (1) uma cadeia de lanchonetes se compromete a destinar as receitas de um dia de vendas de sanduíches a instituições de caridade; (2) uma montadora de veículos se compromete a entregar um veículo para ser rifado em benefício de uma instituição de caridade em troca de divulgação de sua marca no sorteio que acontecerá a nível nacional. No primeiro exemplo, a cadeia de lanchonetes não recebe nenhuma contraprestação pela receita que seria destinada à instituição de caridade, portanto, trata-se de obrigação gratuita ou benéfica, para utilizar a nomenclatura adotada pelo Código Civil de 2002. Já no segundo,

apesar de a montadora não receber nenhuma contrapartida em dinheiro pela entrega do veículo, a divulgação da marca no sorteio nacional é uma contrapartida que permite a classificação do negócio jurídico como oneroso. Assim, se a cadeia de lanchonetes entra em recuperação judicial, as instituições de caridades não poderão cobrar a receita que lhes seria destinada. Mas, no segundo caso, se a divulgação do sorteio já tiver acontecido nacionalmente, juntamente com a divulgação da marca, o veículo prometido poderá ser cobrado como crédito quirografário em eventual recuperação.

Também não são exigíveis na recuperação as despesas despendidas pelos credores para tomar parte na recuperação, exceto as custas judiciais, quando o devedor for vencido. Explica Humberto Theodoro Júnior (2006, p. 88):

São *custas* as verbas pagas aos serventuários da Justiça e aos cofres públicos, pela prática de ato processual conforme a tabela da lei ou regimento adequado. Pertencem ao gênero tributos, por representarem remuneração de serviço público.

Despesas são todos os demais gastos feitos pelas partes na prática dos atos processuais com exclusão dos honorários advocatícios, que receberam do Código tratamento especial (art. 20, *caput*).

Como já exposto, apenas as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor podem ser cobradas na recuperação judicial e na falência. Além das despesas²⁰⁴, também os honorários advocatícios não podem ser cobrados na recuperação e na falência. “*Se determinado credor precisou, por ação de conhecimento, obter inicialmente a declaração da existência e extensão de seu crédito, as custas judiciais desse processo ele pode habilitar na massa falida, mas não poderá reclamar as despesas e honorários de advogado [...]*” (COELHO, 2005, p. 34).

Conforme já explicado no item 4.5, com o deferimento do processamento da recuperação judicial ficam suspensas pelo prazo improrrogável de cento e oitenta dias as ações e execuções em face do devedor e de seus sócios solidários, bem como a prescrição destes direitos dos credores. A suspensão advém apenas do despacho que deferir o processamento da recuperação, sendo indiferente a habilitação do crédito. No plano de recuperação especial para microempresas e empresas de pequeno porte, a suspensão das ações e prescrições só abrange os créditos quirografários²⁰⁵.

²⁰⁴ Art.20 do Código de Processo Civil: “*A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. (Redação dada pela Lei nº 6.355, de 8.9.1976) [...]*”

§ 2º *As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)*”

²⁰⁵ Sobre plano de recuperação para microempresas e empresas de pequeno porte ver item 4.4.

As execuções fiscais seguem seu curso sem suspensão, tanto da ação, quanto da prescrição. Os créditos tributários não sofrem nenhuma alteração com a recuperação judicial do devedor. A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, simplesmente trouxe a previsão de parcelamento do crédito tributário, remetendo ao Código Tributário Nacional, que não tem nenhuma condição específica para o devedor em recuperação, apenas prevê a possibilidade de lei especial regular o parcelamento para o empresário ou sociedade empresária que tiverem a recuperação deferida. Como esta lei não existe, as dívidas fiscais, até o momento, só podem ser parceladas utilizando-se as disposições trazidas pelo Código Tributário Nacional.

A recuperação só pode abranger os créditos constituídos até a data do ajuizamento do pedido. Estes créditos podem estar vencidos ou por vencer e é necessário, também, que estejam previstos no plano de recuperação. Para os créditos que não forem abrangidos pelo plano de recuperação, todas as condições contratadas permanecem. Assim, se para os créditos por vencer não houver previsão de pagamento no plano de recuperação, deverão ser pagos nas condições e datas estabelecidas. Como já exposto no item 4.9, estes credores não abrangidos, não têm direito a votar o plano de recuperação.

Os credores mantêm seus direitos contra todos os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. Os coobrigados que pagam têm direito de cobrar do devedor os valores por eles arcados, hipótese em que terão que habilitar o crédito na recuperação judicial, se este não for previamente listado pelo devedor. Há de se ressaltar a situação do sócio solidário, que também se sujeitará aos efeitos da recuperação.

Os credores cujos créditos sejam originados de propriedade fiduciária²⁰⁶, arrendamento mercantil²⁰⁷, proprietário ou promitente vendedor de imóveis com cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade²⁰⁸ e proprietário em venda com reserva de domínio²⁰⁹ não

²⁰⁶ Art. 1.361 do Código Civil de 2002: “*Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.*”

§ 1º *Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro”.*

²⁰⁷ Parágrafo único da art. 1º da Lei Federal nº 6.099, de 12 de setembro de 1974: “*Considera-se arrendamento mercantil, para os efeitos desta Lei, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta. (Redação dada pela Lei nº 7.132, de 26.10.1983)”.*

²⁰⁸ Art. 1.417 do Código Civil de 2002: “*Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrendimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel”.*

se submetem ao processo de recuperação judicial. Porém, durante o prazo de cento e oitenta dias em que as ações e prescrições ficam suspensas, estes credores não podem retirar os bens do estabelecimento do devedor, quando se tratar de bens de capital essenciais à atividade empresarial do empresário ou sociedade empresária.

Também não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial os credores de importâncias entregues ao devedor em virtude de adiantamento de contrato de câmbio²¹⁰ para exportação, desde que estes contratos estejam de acordo com a legislação que os regulamenta. A Lei buscou salvaguardar os incentivos à exportação, tentando diminuir os riscos dos financiadores das operações destinadas ao mercado estrangeiro.

Os créditos garantidos por meio de penhor²¹¹ sobre títulos de crédito²¹², direito creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários²¹³ submetem-se aos efeitos da recuperação judicial.

Nesta hipótese – e ao contrário do que se verificou no caso de arrendamento mercantil, propriedade fiduciária e compra e venda irrevogável de bem imóvel –, os credores do empresário em recuperação garantidos por penhor se submetem normalmente aos termos e limitações fixados pela recuperação judicial concedida.

Ressalte-se, porém, que, quando o penhor incide sobre direitos de crédito que o empresário em recuperação tenha a seu favor contra terceiros, estes podem ser (muito provavelmente o serão) liquidados antes que o credor pignoratício possa, face às limitações impostas a ele pela recuperação judicial, voltar a exigir seus direitos contra o empresário em crise.

Haverá, deste modo, um enfraquecimento na garantia oferecida, já que o direito de crédito do qual era titular o empresário em recuperação terá sido

²⁰⁹ A venda com reserva de domínio é regulada pelos arts. 521 a 528 do Código Civil de 2002. Traz o art. 521: “Na venda de coisa móvel, pode o vendedor reservar para si a propriedade, até que o preço esteja integralmente pago”.

²¹⁰ Art. 75 da Lei Federal nº 4.728, de 14 de julho de 1965: “O contrato de câmbio, desde que protestado por oficial competente para o protesto de títulos, constitui instrumento bastante para requerer a ação executiva.

§ 1º Por esta via, o credor haverá a diferença entre a taxa de câmbio do contrato e a da data em que se efetuar o pagamento, conforme cotação fornecida pelo Banco Central, acrescida dos juros de mora.

§ 2º Pelo mesmo rito, serão processadas as ações para cobrança dos adiantamentos feitos pelas instituições financeiras aos exportadores, por conta do valor do contrato de câmbio, desde que as importâncias correspondentes estejam averbadas no contrato, com anuência do vendedor.

§ 3º No caso de falência ou concordata, o credor poderá pedir a restituição das importâncias adiantadas, a que se refere o parágrafo anterior.

§ 4º As importâncias adiantadas na forma do § 2º deste artigo serão destinadas na hipótese de falência, liquidação extrajudicial ou intervenção em instituição financeira, ao pagamento das linhas de crédito comercial que lhes deram origem, nos termos e condições estabelecidos pelo Banco Central do Brasil. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.450, de 14.03.1997)”.

²¹¹ Art. 1.431 do Código Civil de 2002: “Constitui-se o penhor pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação”.

²¹² Art. 1.458 do Código Civil de 2002: “O penhor, que recai sobre título de crédito, constitui-se mediante instrumento público ou particular ou endosso pignoratício, com a tradição do título ao credor, regendo-se pelas Disposições Gerais deste Título e, no que couber, pela presente Seção”.

²¹³ Art. 1.451 do Código Civil de 2002: “Podem ser objeto de penhor direitos, suscetíveis de cessão, sobre coisas móveis”.

liquidado, ao contrário dos direitos do credor pignoratício, que se encontrará suspenso. (PIMENTA, 2006, p. 124-125).

A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, determina que, se estas garantias forem pagas ao credor pignoratício durante o processo de recuperação²¹⁴, este deverá depositar o valor em conta vinculada, onde permanecerá durante os cento e oitenta dias em que as ações e prescrições ficam suspensas. O devedor tem a opção de substituir ou renovar as garantias que forem liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial, se o credor pignoratício aceitar. Se for renovada ou substituída a garantia, o valor será entregue ao devedor. Se não for renovada ou substituída, o credor pignoratício receberá conforme for estipulado no plano de recuperação.

Os créditos de natureza salarial têm tratamento diferenciado. A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, estipula que o pagamento total dos créditos trabalhistas e provenientes de acidentes de trabalho terá que ser feito no prazo máximo de um ano. Prevê, também, que os créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos três meses anteriores ao pedido de recuperação judicial, até o limite de cinco salários-mínimos por trabalhador, deverão ser pagos no prazo de trinta dias. Em relação ao termo inicial dos prazos para pagamento, *“os referidos prazos são contados da data da decisão de concessão da recuperação (artigo 58), em harmonia com o prazo de cumprimento das demais obrigações previstas no plano, genericamente contemplado no artigo 61”* (CAMPINHO, 2006, p. 159-160). Esse tratamento reservado aos créditos trabalhistas se deve ao caráter alimentar que possui tais créditos, que servem para garantir a subsistência dos trabalhadores.

A Lei Federal nº 10.214, de 27 de março de 2001, já previa que a insolvência civil, concordata, intervenção, falência ou liquidação extrajudicial de qualquer dos membros de uma câmara ou prestadora de serviços de compensação e de liquidação financeira²¹⁵ não

²¹⁴ Art. 1.455 do Código Civil de 2002: *“Deverá o credor pignoratício cobrar o crédito empenhado, assim que se torne exigível. Se este consistir numa prestação pecuniária, depositará a importância recebida, de acordo com o devedor pignoratício, ou onde o juiz determinar; se consistir na entrega da coisa, nesta se sub-rogará o penhor”*.

²¹⁵ Art. 2º da Resolução nº 2.882 do Conselho Monetário Nacional, de 30 de agosto de 2001: *“Sujeitam-se ao disposto nesta Resolução as câmaras e os prestadores de serviços de compensação e de liquidação que operam qualquer um dos sistemas integrantes do sistema de pagamentos, cujo funcionamento:*

I - resulte em movimentações interbancárias; e

II - envolva pelo menos três participantes diretos para fins de liquidação, dentre instituições financeiras ou demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Resolução, considera-se:

I - câmara de compensação e de liquidação: pessoa jurídica que exerce, em caráter principal, a atividade de que trata o caput;

II - prestador de serviços de compensação e de liquidação: pessoa jurídica que exerce, em caráter acessório, a atividade de que trata o caput”.

afetariam as compensações e liquidações a serem realizadas²¹⁶. A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, reafirmou esta condição para os casos de recuperação judicial, extrajudicial e falência.

As câmaras e prestadoras de serviços de compensação são instituições que fazem parte do sistema de pagamentos brasileiro e são responsáveis pela compensação e liquidação de valores entre os seus integrantes.

Além de estabelecer regras de liquidação e limites operacionais, ela intervém nas operações após o fechamento do contrato entre as partes a fim de administrar os processos de liquidação e a eficiência das garantias oferecidas para o perfeito cumprimento das obrigações assumidas (além de poder, eventualmente, realizar a custódia de títulos, valores mobiliários e outros ativos, atividade independente que pode auxiliá-la no desempenho de sua função, principalmente em mercados como os de bolsas de valores). As câmaras especializadas na liquidação e compensação das operações oferecem uma solução eficaz de diminuição dos custos de transação das operações realizadas em *sistemas sistematicamente importantes*. São responsáveis pela liquidação física (entrega de ativos) e financeira (entrega de recursos) de todas as operações realizadas no âmbito de sua atuação. (SOUZA JÚNIOR. In: SOUZA JÚNIOR; PITOMBO, 2005, p. 591)²¹⁷.

Afirma o citado autor que as câmaras ou prestadoras de serviços de compensação e liquidação atuam como contraparte dos negócios realizados por seus integrantes. Em um contrato de compra e venda, por exemplo, a câmara ou prestadora fica como devedora do vendedor e credora do comprador. Assim, se o comprador não cumprir com o contrato, o vendedor não fica com o prejuízo, pois a câmara ou prestadora lhe pagará e, como credora do comprador, poderá cobrar deste. Aliás, os participantes do sistema de compensação e liquidação têm que oferecer garantias de suas operações, ficando a câmara ou prestadora de serviço com o ônus de liquidar a garantia. O risco da negociação é muito menor, porque o vendedor só não receberá se acontecer a insolvência da câmara ou prestadora de serviço de compensação e liquidação, que são fiscalizadas diretamente pelo Conselho Monetário Nacional, Banco Central e Comissão de Valores Mobiliários. Existem regras rígidas para o

²¹⁶ Art. 7º da Lei Federal nº 10.214, de 27 de março de 2001: “*Os regimes de insolvência civil, concordata, intervenção, falência ou liquidação extrajudicial, a que seja submetido qualquer participante, não afetarão o adimplemento de suas obrigações, assumidas no âmbito das câmaras ou prestadores de serviços de compensação e de liquidação, que serão ultimadas e liquidadas pela câmara ou prestador de serviços, na forma de seus regulamentos.*”

Parágrafo único. O produto da realização das garantias prestadas pelo participante submetido aos regimes de que trata o caput, assim como os títulos, valores mobiliários e quaisquer outros seus ativos, objeto de compensação ou liquidação, serão destinados à liquidação das obrigações assumidas no âmbito das câmaras ou prestadores de serviços”.

²¹⁷ O autor cita como exemplos de câmaras de compensação e liquidação: câmaras de compensação e liquidação de câmbio e de derivados da BM&F; CBLC – Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia, ligada à BOVESPA; CETIP – Câmara de Custódia e Liquidação; SELIC – Sistema Especial de Liquidação e Custódia; CIP – Câmara Interbancária de Pagamentos; TECBAN – Tecnologia Bancária S/A.

funcionamento das câmaras e prestadoras de serviço de compensação e liquidação que estipulam, inclusive, a obrigação de prestar garantia para os valores por elas movimentados. Como as câmaras e prestadoras de serviços de compensação e liquidação são instituições importantes para o funcionamento dos mercados, a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, excluiu as relações ali realizadas dos efeitos da recuperação judicial, extrajudicial e da falência. As garantias prestadas pelos membros da câmara ou prestadora de serviço de compensação e liquidação só respondem pelas obrigações assumidas no âmbito das mesmas, não se submetendo ao direito concursal. Após a liquidação da garantia, se sobrar saldo positivo para o devedor, o valor lhe será entregue; se o saldo for negativo, a câmara ou prestadora de serviço de compensação e liquidação será credora quirografária do restante (SOUZA JÚNIOR. In: SOUZA JÚNIOR; PITOMBO, 2005).

Os créditos constituídos após o pedido de recuperação judicial estão excluídos deste procedimento, mas a legislação prevê que os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor no decorrer do procedimento da recuperação judicial serão considerados extraconcursais, caso seja decretada a falência. Nos termos do artigo 84 da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, os créditos extraconcursais têm prioridade de pagamento na falência. Prevê, também, que os titulares de créditos quirografários sujeitos à recuperação que continuarem a fornecer bens ou serviços para o devedor durante a recuperação terão a classificação de seus créditos alterada para a classe dos créditos com privilégio geral até o limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante a recuperação, no caso de decretação de falência. Os credores titulares de créditos com privilégio geral recebem antes dos quirografários na falência.

O objetivo destas alterações de classificação é fazer com que os credores continuem a comercializar com o empresário ou sociedade empresária em recuperação. Sem seus parceiros comerciais, o devedor não tem como se reerguer. Assim, a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, procurou incentivar as relações comerciais com o devedor mesmo após o ajuizamento da recuperação, garantindo uma melhor classificação do crédito para os credores que continuarem as relações comerciais com o devedor.

Da mesma forma que acontece na falência e acontecia na concordata preventiva, os contratos bilaterais²¹⁸ não se resolvem com a recuperação judicial. A execução destes contratos, após a concessão da recuperação, seguem normalmente. Em geral, as condições dos contratos bilaterais não podem ser alteradas pelo plano de recuperação, pois este deve tratar

²¹⁸ Ver nota 70.

das dívidas do empresário ou sociedade empresária e não da execução futura dos contratos. Porém, a Lei colocou algumas exceções que terão efeitos para o futuro, como é o caso do contrato de trabalho que poderá ser alterado com a anuência do sindicato, mediante acordo ou convenção coletiva. O plano também poderá alterar os encargos financeiros a partir da distribuição do pedido de recuperação judicial²¹⁹. Fora destes casos, o plano não poderá atingir a execução futura dos contratos sem a anuência expressa dos contratantes. Não basta a anuência da assembléia, pois os contratantes que não concordarem com as alterações não serão obrigados a aceitá-las e poderão alegar o descumprimento do contrato, se assim entenderem.

4.12. Convolção da recuperação judicial em falência

O descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano de recuperação cujo vencimento seja nos dois anos após a concessão da recuperação judicial dará ensejo à decretação de falência do devedor em recuperação. É pertinente a observação de Carlos Klein Zanini (In: SOUZA JÚNIOR; PITOMBO, 2005, p 328), recomendando ao juiz, por prudência, ouvir a assembléia-geral de credores, já que esta detém o poder de alterar o plano de recuperação:

De início, impõe-se ter presente que a própria Lei admite a possibilidade de o plano, mesmo depois de aprovado, vir a experimentar modificações por deliberação da Assembléia-Geral. É o que consta no art. 35, I, alínea *a*. Nada impede, portanto – antes recomenda-se –, promova o magistrado a convocação da Assembléia-Geral de Credores a fim de submeter à sua apreciação eventual descumprimento, ocorrido ou iminente, que poderá ser sanado mediante a modificação do Plano. Evidentemente, pode ocorrer de o juiz de pronto não vislumbrar qualquer possibilidade de recuperação, ocasião em que poderá de plano decretar a quebra.

Se o descumprimento se der após o prazo de dois anos, a falência não será consequência. O credor poderá exigir o cumprimento do plano através da execução da obrigação assumida pelo devedor ou poderá requerer a falência se reunidas as condições previstas no artigo 94 da Lei²²⁰.

²¹⁹ Sobre o contrato de trabalho e a redução dos encargos financeiros ver item 4.2.

²²⁰ Art. 94 da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005: “*Será decretada a falência do devedor que:*

Decretada a falência, o plano de recuperação perde validade e os credores retornam à condição inicial de seus créditos, porém deverão ser descontados os valores recebidos em conformidade com o plano de recuperação. Todos os atos praticados em conformidade com o plano de recuperação presumem-se válidos, caso a falência venha a ser decretada. Se qualquer credor tiver recebido em desacordo com o plano, terá que devolver o valor que recebeu para a massa falida e os atos praticados em desconformidade com os preceitos legais poderão ser anulados.

A falência ainda poderá ser decretada se a assembléia-geral de credores deliberar pela decretação da falência, como na situação em que a “*assembléia constatou condição ou fato superveniente que enseja o imediato estado falimentar, a fim de não onerar ainda mais a empresa e dificultar o recebimento dos créditos*” (ABRÃO. In: TOLEDO; ABRÃO, 2005, p. 188). Esta deliberação seguirá a regra geral para a votação em assembléia, ou seja, será aprovada a decretação de falência se votarem a favor mais da metade do valor total dos créditos presentes na assembléia. Se o devedor não apresentar o plano de recuperação no prazo de sessenta dias após a publicação da decisão que conceder o processamento da

I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;

II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;

b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;

c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;

d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;

e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;

f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;

g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

§ 1º Credores podem reunir-se em litisconsórcio a fim de perfazer o limite mínimo para o pedido de falência com base no inciso I do caput deste artigo.

§ 2º Ainda que líquidos, não legitimam o pedido de falência os créditos que nela não se possam reclamar.

§ 3º Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9º desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica.

§ 4º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, o pedido de falência será instruído com certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução.

§ 5º Na hipótese do inciso III do caput deste artigo, o pedido de falência descreverá os fatos que a caracterizam, juntando-se as provas que houver e especificando-se as que serão produzidas”.

recuperação ou se a assembléia-geral de credores não aprovar o plano²²¹, a falência será decretada.

Os motivos gerais previstos no artigo 94²²² da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, também poderão dar ensejo à falência do devedor em recuperação.

A falência também pode ser decretada diretamente, ou seja, pode não decorrer de convalidação de recuperação judicial anterior. Tal poderá ocorrer sempre que for inadimplida uma obrigação que não esteja sujeita à recuperação ou, ainda, em caso de execução frustrada ou da prática de atos fraudulentos (artigo 94, incisos I, II e III). (BORGES. In: GUERRA; LITRENTO, 2005, p. 140).

Se o devedor em recuperação deixa de cumprir as obrigações posteriores ao pedido de recuperação ou as que não foram abrangidas por esta, poderá ter a falência decretada em virtude da inadimplência. Poderá, também, ser decretada a falência do devedor se praticar alguns atos de disposição do patrimônio que não estejam previstos no plano de recuperação. Assim, se o devedor em recuperação procede a liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para pagar credores; se realiza ou tenta realizar negócio simulado ou alienação de parte ou total do ativo com o objetivo de fraudar credores ou retardar os pagamentos; se transferir ou tentar transferir o estabelecimento sem o consentimento dos credores e sem ficar com bens suficientes para arcar com o passivo; se comprometer seus bens em garantia a terceiro, não sendo capaz de pagar suas dívidas; ou se se ausenta ou abandona o estabelecimento sem deixar representantes habilitados e com recursos para arcar com o passivo poderá ter sua falência decretada.

Se o devedor entender que não será capaz de cumprir o plano de recuperação proposto, poderá requerer a autofalência. Apesar de a Lei não prever expressamente que o devedor em recuperação possa requerer sua falência, não é razoável que este tenha que descumprir o plano para ter sua falência decretada. Pode confessar ao juiz a impossibilidade de cumprimento e requerer que seja decretada sua falência.

²²¹ Sobre a aprovação do plano de recuperação judicial ver item 4.9.

²²² Ver nota 220.

4.13. Recursos

A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, em pouquíssimos momentos trouxe a previsão sobre recursos contra as decisões no processo de recuperação judicial. Como o artigo de 189 traz expressamente que o Código de Processo Civil deverá ser aplicado aos procedimentos previstos na Lei, desde que não haja incompatibilidade, os recursos serão os previstos no Estatuto Processual. “*A aplicação subsidiária do CPC permite que a parte que se inconforma com as decisões interlocutórias proferidas em processos falitários [...] venha a se utilizar do agravo de instrumento [...]*” (FAZZIO JÚNIOR, 2005, p. 275).

Traz a Lei que as impugnações aos créditos serão autuadas em separado. Devem permanecer apensadas aos autos principais da recuperação, mas constituem processos judiciais diferentes. Assim, a decisão sobre a impugnação do crédito será terminativa. Determinará a inclusão ou não do crédito e colocará fim ao processo de impugnação²²³. A despeito de ser terminativa, a decisão deverá ser combatida por agravo, que poderá ser recebido com ou sem efeito suspensivo. A titularidade para agravar será do vencido no processo de impugnação ou qualquer interessado no julgamento do crédito.

Outra decisão combatida por agravo é a que conceder a recuperação judicial. Esta sim é decisão interlocutória, pois não põe fim ao procedimento; apenas concede a recuperação após a aprovação do plano de recuperação judicial. Além dos interessados, o Ministério Público também tem legitimidade para agravar.

Se o empresário ou sociedade empresária em recuperação tiver sua falência decretada, a forma de combater a decisão também é o agravo. Este só poderá ser interposto pelo devedor, pois os credores não têm legitimidade para combater a decretação da falência.

Vale repetir aqui o que se afirmou quando discutidos os recursos no antigo Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945²²⁴. Os prazos e procedimentos previstos pelo Código de Processo Civil para apelação e agravo de instrumento são diferentes. Assim, a impropriedade do recurso pode impossibilitar o combate à decisão que se pretende atacar. Luiz Augusto de Souza Queiroz Ferraz (In: PAIVA, 2005, p. 650) traz as situações que podem ser atacadas por agravo, mesmo sem a previsão direta da Nova Lei de Falências:

²²³ Sobre impugnação aos créditos ver item 4.6.

²²⁴ Ver item 3.8.

Assim sendo, dentro desta mesma linha de raciocínio, e agora apoiada pelo dispositivo no seu art. 189, podemos afirmar que estas situações também se apresentam na nova legislação, isto é sempre haverá despachos interlocutórios sem recurso previsto, mas também sempre será cabível o recurso de agravo de instrumento, como a “*vol d’oiseau*”²²⁵ se pode apontar nas seguintes hipóteses, isto é: art. 24 (na fixação do valor e da forma de pagamento do administrador judicial); § 1º, do art. 31 (quando se tratar de destituição do administrador judicial ou de quaisquer dos membros do Comitê de Credores); § único, do art. 82 (da decisão que ordenar a indisponibilidade dos bens do falido); art. 111 (da decisão que autorizar os credores a adquirir ou adjudicar bens arrecadados) e art. 143 (da decisão que autorizar a entrega dos bens o arrematante após a realização de qualquer ativo). Mesmo que estes recursos impeçam a obediência cega aos princípios da celeridade e da economia processual, tal como previsto no § único, do art. 75 e art. 79, terão agora amplo amparo legal na lei de ritos, sem olvidar do princípio constitucional da ampla defesa.

A sentença que decretar o encerramento da recuperação judicial será terminativa e deverá ser combatida por meio de apelação. Já se a recuperação for julgada não cumprida, o recurso cabível será o agravo de instrumento, pois será um caso de decretação da falência.

Os embargos de declaração poderão ser interpostos contra qualquer decisão que apresente obscuridade, contradição ou omissão, utilizando-se normalmente as regras do Código de Processo Civil²²⁶. Nenhuma alteração traz a Lei sobre os recursos especial²²⁷ e extraordinário²²⁸, que são possíveis nos termos da legislação específica sobre os mesmos.

²²⁵ Expressão em francês que significa vôo de pássaro, utilizada quando o assunto será abordado superficialmente (VALDEZ, 2000).

²²⁶ Art. 535 do Código de Processo Civil: “*Cabem embargos de declaração quando: (Redação Lei nº 8.950/94) I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; (Redação Lei nº 8.950/94)*

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal. (Redação Lei nº 8.950/94)”.

²²⁷ Art. 105 da Constituição de República de 1988: “*Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...]*

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela EC nº 45, de 2004)

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

²²⁸ Art. 102 da Constituição de República de 1988: “*Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]*

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela EC nº 45, de 2004)”.

4.14. Recuperação extrajudicial

Como já exposto na introdução, o objetivo central desta dissertação é a análise comparativa entre a antiga concordata preventiva e a recuperação judicial do empresário e da sociedade empresária. Porém, como a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, coloca, também, à disposição do devedor, como meio de se reerguer economicamente, a recuperação extrajudicial, este tópico tem a função de expor sobre o tema. Não como forma de comparação com a legislação anterior, posto que o instituto é novo no direito brasileiro, mas sim com o objetivo de explicar as alternativas que o devedor em dificuldade possui atualmente.

A recuperação extrajudicial tem como inspiração modelos adotados no direito estrangeiro, como expõe Luiz Fernando Valente de Paiva (In: PAIVA, 2005, p. 567): *“Este novo instituto, incorpora princípios adotados nas legislações mais modernas, podendo ser considerado um procedimento análogo ao “prepackage plain” da legislação falimentar norte-americana e ao “acuerdo preventivo extrajudicial” na lei Argentina”*.

A recuperação extrajudicial trata-se de acordo realizado diretamente pelo devedor com seus credores, que somente será homologado pelo judiciário para que tenha os efeitos previstos na Lei. Só poderá ser utilizada por aqueles que tenham legitimidade para propor a recuperação judicial e que preencham os requisitos legais, ou seja, o empresário ou a sociedade empresária que não apresente qualquer impedimento trazido pela Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005²²⁹. Sobre os requisitos, vale destacar:

[...] que não tem aplicação para a recuperação extrajudicial os incisos II e III do artigo 48 da Nova Lei, que impedem que o devedor que tenha obtido, há menos de cinco ou oito anos, sentença concessiva de recuperação judicial baseado, respectivamente, em plano de recuperação comum ou especial para pequenas e micro empresas. Isto porque o parágrafo 3º do artigo 161 da Nova Lei reduziu o prazo de impedimento para dois anos contados da obtenção de recuperação judicial. (PAIVA. In: PAIVA, 2005, p. 577).

Na pendência do processo de recuperação judicial, não é permitida a homologação de recuperação extrajudicial. O limite temporal para se requerer o plano, como observado acima, é de dois anos da concessão da homologação judicial ou de outro pedido de recuperação extrajudicial. O legislador tentou impedir abusos, mesmo em se tratando de negociação direta entre devedor e credores, para que o devedor não se socorra da recuperação em espaços

²²⁹ Sobre os requisitos ver item 4.1.

temporais menor que o bianual. A hipótese de o devedor conseguir adesão dos credores em espaços de tempo menores que dois anos é remota mas, mesmo assim, ficou expressamente proibida. Assim, mesmo que o devedor peça a homologação de recuperação extrajudicial de credores totalmente diferentes dos abrangidos pela primeira, não poderá ser admitida a homologação sem que tenha passado o prazo de dois anos.

Além dos créditos já excluídos no processo de recuperação judicial, a extrajudicial não poderá abranger os créditos trabalhistas ou decorrentes de acidente de trabalho. O plano de recuperação extrajudicial não pode prever tratamento desfavorável aos credores que não estiverem a ele sujeito e nem poderá prever o pagamento antecipado de dívidas.

Os efeitos do plano de recuperação extrajudicial só estender-se-ão sobre os credores a ele sujeito. Para os credores que não serão atingidos pelo plano extrajudicial não poderá ser imposta nenhuma restrição. Permanecerão sem suspensão os direitos, ações, execuções e prescrições. Assim, os credores não abrangidos poderão pedir até mesmo a falência do devedor.

Depois que for distribuído o pedido de homologação do plano de recuperação judicial, os credores não mais poderão desistir do plano. A intenção é evitar que credores voltem atrás em suas decisões e impossibilitem a recuperação do devedor, mesmo após o ajuizamento. A desistência só será possível com a anuência de todos os outros signatários do plano, inclusive o devedor. Ressalta Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 393-394) que nem mesmo antes da homologação o credor poderá desistir, posto que já assumiu compromisso com o devedor e os demais signatários do plano de recuperação extrajudicial:

Atenta a isto, a lei exige a concordância tanto do devedor como dos outros credores aderentes para que um destes últimos possa se liberar do previsto no plano.

Não cabe interpretar o § 5º do art. 161 a *contrario sensu*, para sustentar que até a distribuição do pedido de homologação do plano extrajudicial qualquer credor poderia, por ato unilateral de vontade, desistir de sua adesão. Na verdade, a lei está acrescentando uma condição a mais para a existência, validade e eficácia da desistência, após a distribuição do pedido de homologação judicial do plano. O credor aderente assume com o devedor as obrigações que decorrerem do encontro de vontades, nos termos do acordado por escrito entre eles. Se, de acordo essas obrigações, o credor não pode desvincular-se do plano sem a anuência do devedor em crise, prevalece o acordo.

O plano de recuperação extrajudicial tem que ter a anuência dos credores, o que impõe natureza contratual, sendo a homologação apenas uma faculdade do devedor. Assim, os credores que assinam o plano, mesmo antes da homologação estão submetidos aos princípios contratuais e dentre eles o *pacta sunt servanda*. “Um contrato válido e eficaz deve ser

cumprido pela partes: pacta sunt servanda. O acordo de vontades faz lei entre as partes [...]” (VENOSA, 2005, p. 406). Assim, após a assinatura, o credor não poderá eximir-se do cumprimento do plano, exceto se não houver a homologação, pois, neste caso, os credores terão direito a exigir os créditos nas condições originais, como se verá no decorrer deste tópico.

A sentença que homologar o plano de recuperação extrajudicial tem a natureza de título executivo judicial, tendo efeito apenas sobre os abrangidos pelo plano. Assim, se não for cumprido pelo devedor poderá ser executado pelos interessados.

Cabe, agora, falar dos dois tipos de recuperação extrajudicial previstos pela Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. O devedor tem a opção de requerer a recuperação extrajudicial que envolva apenas os credores que anuírem com o plano ou de requerer a homologação do plano que vai abranger todos os credores das classes por ele envolvidas. Neste último caso, terá que ter a anuência dos titulares de pelo menos três quintos dos créditos de cada classe, como será mais bem explicado adiante. A nomenclatura para os tipos de recuperação extrajudicial ainda não se firmou na doutrina. Fábio Ulhoa Coelho (2005) adota homologação facultativa para a primeira e homologação obrigatória para a segunda. Luiz Fernando Valente de Paiva (In: PAIVA, 2005) adota meramente homologatória e impositiva. Francisco Satiro de Souza Júnior (In: SOUZA JUNIOR; PITOMBO, 2005) utiliza a nomenclatura de Luiz Fernando Valente de Paiva. Ricardo Negrão (2005) denomina de plano de recuperação extrajudicial individualizado e plano de recuperação extrajudicial por classe de credores. Gladson Mamede (2006) utiliza recuperação extrajudicial ordinária e extraordinária. Apesar de o legislador não definir nomes, será adotada a nomenclatura exposta por Fábio Ulhoa Coelho para separar as espécies de recuperação extrajudicial.

Quando se tratar de recuperação extrajudicial de homologação facultativa, as exigências para a homologação serão menores, posto que se trata de homologação judicial de um acordo que só surtirá efeito entre as partes. Aliás, salienta Manoel Justino Bezerra Filho (2005) que se trata de um simples acordo entre o devedor e os credores envolvidos, sem nenhuma necessidade que haja a homologação judicial. Se o devedor optar pela homologação, além dos documentos exigidos para qualquer ação judicial, deverá apresentar justificação do pedido, explicando os motivos que o levaram à situação de dificuldade econômico-financeira e juntar à inicial o documento que contenha o plano de recuperação com as assinaturas dos aderentes.

Se a opção for da recuperação extrajudicial de homologação obrigatória, como a própria nomenclatura adotada sugere, esta só terá efeito quando homologada judicialmente. O

devedor deverá conseguir a aderência de pelo menos três quintos do total de créditos de cada classe afetada ou de grupos de credores da mesma natureza e sujeito a semelhantes condições de pagamentos. Com as exclusões impostas ao plano extrajudicial, este poderá abranger credores com garantia real, com privilégio especial ou geral, credores quirografários e titulares de créditos subordinados. A adesão terá que ser verificada separadamente em cada uma das classes. Só podem ser objeto do plano os créditos já constituídos até a data do pedido de homologação, não podendo haver mudanças para créditos futuros.

Atingido o percentual exigido por classe ou por grupo de credores, os efeitos serão sofridos, também, pelos credores que não aderiram ao plano. Para ilustrar, serão adotados dois exemplos, o primeiro em relação ao plano que abrange as classes de credores como um todo:

Nesta hipótese, o devedor pode, por exemplo, ajustar um plano de recuperação com credores (a) com garantias reais, (b) com privilégio especial e (c) com os quirografários. Se obtiver a anuência de 3/5 de cada uma das dessas classes de credores, o ajuste será imposto aos 2/5 restantes dos credores dessas mesmas classes. Se, contudo, o devedor obtiver 3/5 de anuência de somente uma das classes (classe “a”, por ex.), o plano não se impõe à minoria de qualquer das classes (sequer da classe que obteve o “quorum” legal). (MELARE. In: MACHADO, 2005, p. 158-159).

O segundo exemplo diz respeito a grupos de credores da mesma natureza e sujeito a semelhantes condições:

Imagine-se haver 22 credores quirografários; no entanto, o devedor apenas inclui no plano de recuperação extrajudicial 10 credores, dos quais 7 (ou seja, mais de 3/5 concordam. Este devedor pedirá a homologação judicial que, se deferida, obrigará os três que não concordaram e, para o cálculo de 3/5, são contados apenas os 10 credores constantes do plano e não a totalidade do 20 credores quirografários.

Por outro lado, os outros 12 credores quirografários que não foram incluídos no plano não poderão sofrer qualquer alteração nas obrigações com o devedor. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 356-357).

Como demonstram os exemplos expostos, os créditos não abrangidos pelo plano não são computados para o cálculo do percentual de aprovação, posto que não sofrerão qualquer alteração em virtude do plano. Também não entram no cômputo do percentual os créditos dos devedores impedidos de votar na assembléia-geral de credores do processo de recuperação judicial, ou seja, os sócios do devedor; sociedades coligadas, controladas, controladoras ou que tenham como sócio ou acionista com participação maior que dez por cento do capital do devedor; a sociedade em que o devedor ou seus sócios tenham participação superior a dez por cento no capital social; cônjuge, ascendente, descendente ou parente colateral, consanguíneo ou por afinidade, até o segundo grau do devedor, de administrador, sócio controlador,

membro dos conselhos consultivo, fiscal ou semelhantes da sociedade devedora; e a sociedade em que quaisquer destas pessoas exerçam funções.

Os créditos em moeda estrangeira serão convertidos pelo câmbio do dia anterior a assinatura do plano de recuperação extrajudicial. Aqui valem as considerações feitas sobre o câmbio no item 4.9, ao que deve ser acrescentado que a data da assinatura de todos os credores deve ser a mesma, sob pena de não ser possível de se verificar a data de conversão do câmbio. Em relação à data de assinatura do plano, a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, não impôs a necessidade de qualquer reunião ou assembléia para aprovação e assinatura do plano de recuperação extrajudicial. Assim, pode o devedor colher as assinaturas dos credores separadamente e em dias diferentes, porém o plano deve trazer uma data de referência, a fim de que se possa identificar o câmbio a ser aplicado.

Assim como é para o plano de recuperação judicial, se o plano extrajudicial suprimir ou substituir a garantia real de qualquer credor ou afastar a variação cambial dos créditos em moeda estrangeira, terá que ter a aprovação expressa do titular do crédito.

Além dos requisitos expostos para o plano de recuperação judicial de homologação facultativa, na homologação obrigatória o devedor deverá descrever sua situação patrimonial e apresentar: (1) as demonstrações contábeis relativas ao último exercício social e as levantadas especialmente para instruir o pedido; (2) os documentos que comprovem os poderes dos subscritores do plano para novar ou transigir; (3) a relação nominal completa dos credores — inclusive os que não assinaram o plano —, com endereço de cada um, natureza, classificação e valor atualizado do crédito, sua origem e vencimento; e (4) indicar os registros contábeis de cada transação pendente.

Pode-se notar que as exigências para a recuperação extrajudicial de homologação obrigatória são maiores que para a de homologação facultativa. Porém, ainda são menores que as exigências para a recuperação judicial. Na recuperação extrajudicial de homologação obrigatória o legislador exigiu a apresentação das demonstrações contábeis apenas do último ano, enquanto na recuperação judicial a exigência é de apresentação das demonstrações dos últimos três anos.

Ao receber o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial, se forem atendidos os requisitos acima expostos, o juiz deverá ordenar a publicação de edital divulgando o pedido e convocando os credores para apresentarem as impugnações que entenderem cabíveis. A publicação deverá ser feita no órgão oficial e em jornal de grande circulação nacional ou nas localidades da sede e filiais do devedor.

Assim como no prazo para objeções ao plano de recuperação judicial, o prazo para apresentar impugnações ao plano extrajudicial é de trinta dias contados da publicação do edital de convocação dos credores. Os credores poderão alegar que não foi preenchido o quorum de três quintos exigidos pela Lei ou a prática de qualquer ato capaz de dar motivo à decretação da falência. Também poderão alegar o descumprimento de requisito ou exigência legal. A impugnação deverá vir acompanhada da prova da titularidade do crédito.

A Lei não prevê especificamente, mas é de todo recomendável que se mande processar a impugnação em autos apartados e, por isto, deve o impugnante instruir seu pedido com os documentos necessários ao julgamento. Tendo em vista os passos processuais seguintes, haveria tumulto processual incontrolável se todas as impugnações viessem a ser encartadas nos próprios autos do pedido de homologação. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 360).

Dentro do prazo para impugnação, o devedor deverá comprovar o envio de carta a todos os credores sujeitos ao plano que tiverem domicílio ou sede no território nacional, informando a distribuição do pedido, as condições do plano e o prazo para impugnações. Note-se que o prazo é para comprovar o envio das cartas e não o recebimento das mesmas. Porém é aconselhável que todas as cartas sejam enviadas com aviso de recebimento, para se evitar nulidades futuras.

Se for apresentada qualquer impugnação, o devedor terá cinco dias para se manifestar e o juiz mais cinco dias para decidir. Da sentença que decidir pela homologação ou não do plano caberá apelação sem efeito suspensivo. A não homologação não implica em decretação automática da falência do devedor e não impede que este apresente novo pedido de homologação se conseguir corrigir os motivos do indeferimento.

Em regra, o plano de recuperação só produzirá efeitos após sua homologação judicial, porém o próprio plano poderá prever a modificação de valores e formas de pagamento aos credores signatários que retroajam a data anterior à homologação, desde que sejam apenas para os signatários do plano. Não poderá atingir aos credores que foram incluídos sem terem aderido expressamente ao plano de recuperação extrajudicial. Se o plano não for homologado, os credores retornarão à situação anterior à assinatura do plano, com as condições originais e descontados os valores eventualmente recebidos.

Se o plano prever a alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas, o juiz ordenará a realização da alienação através de leilão por lances orais, propostas fechadas ou pregão. Sobre estas formas de alienação já foi explicado no item 4.5, sendo válido tudo que foi escrito quando se tratou da recuperação judicial.

O devedor que se utilizar da recuperação extrajudicial não está impedido de celebrar outros acordos privados com seus credores. Trata-se de direitos patrimoniais disponíveis que podem ser livremente negociados entre as partes. Porém, há de se ressaltar que as negociações não podem beneficiar certos credores em detrimento de outros, em respeito ao princípio da *par condicio creditorum*, expresso no artigo 957 do Código Civil de 2002²³⁰.

Nas disposições finais e transitórias, a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, trouxe a previsão de que os devedores que estiverem proibidos de requerer concordata, não poderão requerer recuperação judicial ou extrajudicial. Assim, somente após o término do impedimento previsto pela legislação anterior, o devedor poderá requerer a recuperação extrajudicial. Nas palavras de Luiz Fernando Valente de Paiva (In: PAIVA, 2005, p. 580): “*A título exemplificativo, o devedor que tiver impetrado concordata preventiva a menos de 5 (cinco) anos, não poderá requerer recuperação extrajudicial, ou judicial, na data da entrada em vigor da Nova Lei, tendo que aguardar o decurso do prazo remanescente*”. Note-se que o prazo para novo pedido de recuperação extrajudicial é de apenas dois anos mas, pela regra de transição, o devedor terá que aguardar os cinco anos previstos na legislação anterior.

Para fechar este tópico, vale ressaltar: “*A grande vantagem da recuperação extrajudicial está na nítida redução dos custos de transação tanto para os credores quanto para o devedor*” (PIMENTA, 2006, p. 274). Realmente, a celeridade e simplicidade do procedimento de recuperação extrajudicial leva a crer que seu custo ficará muito abaixo da recuperação judicial e extrajudicial. Na recuperação extrajudicial não tem administrador judicial, Comitê de Credores, assembléia-geral de credores e seu procedimento termina com a homologação do plano de recuperação. Existe, ainda, a possibilidade de o acordo ter validade entre o devedor e os credores sem a necessidade de homologação. Claro que não poderá surtir efeitos sobre credores que não o assinarem, mas, para os que assinam, tem validade. Na vigência do antigo decreto Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, estas negociações com os credores não era admitida, posto que eram consideradas motivos para se requerer a falência do comerciante²³¹, para utilizar a nomenclatura do antigo Decreto-Lei.

²³⁰ Art. 957 do Código Civil de 2002: “*Não havendo título legal à preferência, terão os credores igual direito sobre os bens do devedor comum*”.

²³¹ Art. 2º do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945: “*Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante: [...] III - convoca credores e lhes propõe dilação, remissão de créditos ou cessão de bens*”.

5. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA NOVA LEI DE FALÊNCIAS E SEUS IMPACTOS EM RELAÇÃO À CONCORDATA PREVENTIVA

Este capítulo tem o objetivo de fazer uma análise comparativa entre a antiga concordata preventiva e a atual recuperação judicial, dando enfoque às modificações impostas pela Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Não haverá a preocupação de expor conceitos, posto que já foram analisados nos dois capítulos anteriores, para os quais o leitor deve se remeter, caso entenda necessário.

Os clamores por mudança na legislação falimentar já vinham de há muito tempo. Isto fica evidente se se analisar os pareceres sobre o projeto de lei apresentado pela Presidência da República. Logo na apresentação para a Câmara dos Deputados, em 1993, o então ministro da justiça, Maurício Correa, ressalta que *“Com as transformações econômico-sociais ocorridas no País, a legislação falimentar não mais atende aos reclamos da sociedade, fazendo-se necessária a adição de nova lei, mais ágil e moderna”* (CORRÊA, 1993, p. 1987).

O projeto de lei recebeu o nº 4.376/1993 na Câmara dos Deputados e, quando foi apresentado ao plenário, em 1999, foi reafirmada a necessidade de mudança: *“o Decreto-Lei nº 7.661/45 já não se mostra tão satisfatório ante às exigências de uma economia extremamente competitiva e sujeita às pressões da globalização de mercados, onde as antigas fórmulas se apresentam ineficazes e absolutamente anacrônicas”* (BIOLCHI, 1999, p. 492). Em 2005, estas mudanças se concretizaram através da Nova Lei de Falências.

Como já explicado alhures, a primeira alteração a ser destacada é a mudança estrutural que aconteceu com a Nova Lei. O Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, trazia primeiro a regulamentação da falência, para, só depois, dispor sobre a concordata preventiva e suspensiva. A Nova Lei de Falências traz, inicialmente, uma regulamentação aplicável à recuperação e à falência, dispondo sobre os assuntos comuns aos dois institutos. Depois, em seqüência, regula a recuperação judicial e a falência. Então, coloca a recuperação extrajudicial como opção para o devedor. O fechamento se dá com as disposições penais e disposições finais e transitórias.

O juízo competente não modificou com a Nova Lei. Permanece sendo o do local do principal estabelecimento do devedor. A prevenção do juízo se manteve sem grandes alterações. Como a recuperação judicial envolve várias espécies de créditos, enquanto a concordata atingia apenas os credores quirografários, os efeitos da recuperação são mais abrangentes. Em relação ao Ministério Público, houve significativa alteração. A presença do

Ministério Público como *custus legis*, que era obrigatória para qualquer procedimento falimentar ou de concordata, tornou-se dispensável com o veto do artigo 4º da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.

Em relação à habilitação de crédito, não há mais a obrigatoriedade de ser feita perante o juiz. O crédito será apresentado ao administrador judicial e o juiz só apreciará quando e se houver impugnação por parte de algum interessado. Esta desjudicialização em relação à habilitação de créditos deve proporcionar maior agilidade ao processo. Se o crédito apresentado é aceito, sem impugnações, não há lide a desafiar o provimento judicial. Se algum interessado impugnar, o juiz deverá ouvir o titular do crédito, o devedor e o Comitê de Credores, em obediência ao devido processo legal. Então decidirá pela inscrição ou não do crédito no quadro-geral de credores. A habilitação retardatária de créditos foi mantida e, apesar das novas regras, não houve modificações significativas nesta.

O Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, já previa a possibilidade de se pedir a exclusão dos créditos em caso de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou documentos ignorados na época do julgamento do crédito. A legitimidade para tal era apenas do comissário ou qualquer credor admitido. A Nova Lei de Falências manteve esta possibilidade e estendeu a legitimidade para o representante do Ministério Público e para o Comitê de Credores, além do administrador judicial.

Não mais existem as figuras do síndico e do comissário. Criou-se o administrador judicial, que exercerá funções distintas na falência e na recuperação judicial, substituindo tanto o síndico, quanto o comissário. Não existe a obrigatoriedade de o administrador ser escolhido entre os maiores credores. A prática adquirida com o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, já havia demonstrado que a nomeação de credores não se mostrava produtiva, posto que dificilmente algum credor aceitava ser nomeado. Assim, deve ser o administrador judicial pessoa idônea e de livre escolha do juiz.

Apesar de ter algumas responsabilidades a mais, como a de decidir, inicialmente, sobre a habilitação dos créditos, o administrador judicial, na recuperação, mantém como principal função a fiscalização das atividades do devedor, assim como era o comissário, na concordata. A partir da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, o Comitê de Credores também terá importante papel na fiscalização do devedor. Como era para o comissário, o administrador judicial exerce atividade remunerada pelo devedor e é obrigado a prestar contas ao juiz da recuperação.

O Comitê de Credores é criação da Nova Lei de Falências, sem qualquer órgão semelhante no antigo Decreto-Lei. Como já exposto no item 4.8, o Comitê foi inspirado em

legislações estrangeiras. Como são os credores os maiores interessados no cumprimento do plano de recuperação, é correto que possam ser representados por um órgão com poderes de fiscalização. Na tentativa de diminuir os custos do processo de recuperação, a Nova Lei não prevê remuneração para os membros do Comitê e coloca sua constituição como facultativa. Assim, são os próprios credores que decidem se devem ou não constituir o órgão que os representará. Sempre que for constituído o Comitê, seus membros serão indicados separadamente pelas diferentes classes de credores. Como a Lei previu que o Comitê deve ser composto de apenas três membros, as classes de credores tiveram que ser agrupadas para efeito de indicação do membro que as represente no Comitê. Este agrupamento poderá criar impasses para a indicação, posto que os interesses das classes nem sempre são os mesmos. A classe que não indicar seu representante não prejudicará o funcionamento do Comitê, já que este pode se instalar com qualquer número de componentes.

Apesar de não ser criação da Nova Lei de Falências, posto que já era prevista no artigo 122 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, pode-se afirmar que assembleia-geral de credores é novidade trazida pela Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. No antigo Decreto-Lei, a assembleia só seria convocada, na falência, para deliberar sobre o modo de realização do ativo do falido. Não havia previsão da assembleia na concordata. Na atual Lei, como a recuperação judicial necessita da aprovação dos credores, tal aprovação se dará em assembleia. Apresentado o plano de recuperação judicial, se for apresentada qualquer objeção, o juiz deverá convocar a assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano. É esta a principal função da assembleia-geral de credores: aprovar ou rejeitar o plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor. A regulamentação geral da assembleia é muito semelhante ao previsto para a assembleia de acionistas ou quotistas, no direito societário. Em regra, a decisão é tomada por maioria de votos, contados pelo valor dos créditos. Para os casos em que a Lei prevê votação por credores ou por classe, esta regra terá que ser adotada.

Enquanto a concordata apresentava um rol taxativo que permitia ao devedor apenas modificar a forma, data ou valor de pagamento — conforme se apresentasse como dilatatória, remissória ou mista — aos credores quirografários; a recuperação judicial permite que o devedor apresente um plano amplo, que envolva várias classes de credores e possibilite o soerguimento econômico-financeiro da atividade empresarial. Porém, com a Nova Lei, os credores terão que anuir com o plano apresentado pelo devedor. Não basta mais apenas preencher os requisitos legais para ter direito à concordata, a recuperação requer a cumplicidade dos credores, além do atendimento aos ditames legais. Assim, fica clara a

intenção do legislado, ao instituir a recuperação judicial, em modificar a natureza jurídica que caracterizava a concordata.

[...] no sistema do Dec-Lei 7.661/1945 a concordata era uma moratória concedida como “favor” legal, unilateralmente requerido pelo devedor, e que seria deferida pelo juiz, desde que presentes os requisitos legais para tanto – mesmo contra a vontade de um, vários ou todos os credores. Doravante a “concessão” pelo juiz da recuperação judicial pressupõe, *sempre*, a aprovação dos credores, (i) seja pela ausência de objeções de qualquer um deles ao Plano, (ii) seja pela aprovação do Plano pela Assembléia-Geral de Credores (art. 58, *caput*). O mesmo sucede com o plano especial de recuperação judicial para as microempresas e empresas de pequeno porte (art. 72, parágrafo único). (PENTEADO. In: SOUZA JÚNIOR; PITOMBO, 2005, p. 83).

A recuperação judicial volta a ter a natureza contratual que predominava na legislação concursal brasileira antes da vigência do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Tendência que se verifica em legislações de outros países, tais como, Estados Unidos, Espanha, Portugal, Bélgica, Alemanha, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Malta, Áustria, Finlândia e Inglaterra²³².

Ao protocolar o pedido de recuperação judicial, as exigências são semelhantes às da antiga concordata. Porém, a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, é mais rigorosa. Além das demonstrações contábeis especialmente levantadas para instruir o pedido de recuperação, o devedor terá que apresentar as dos últimos três anos, enquanto o Decreto-Lei exigia apenas as demonstrações do último exercício. Algumas exigências atuais não constavam no antigo Decreto-Lei: relatório gerencial do fluxo de caixa com sua projeção para o período da recuperação, relação dos empregados, relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor, extratos atualizados das contas bancárias, certidões dos cartórios de protestos e relação de ações judiciais. Estas exigências têm como objetivo a exposição total da situação econômico-financeira do devedor, a fim de evitar surpresas durante o processo de recuperação que possam comprometer o cumprimento do plano de recuperação judicial.

No processamento da recuperação judicial, outra grande novidade é a não obrigatoriedade de decretação da falência, caso seja indeferida a petição inicial. No pedido de concordata preventiva, o indeferimento implicava em decretação obrigatória da falência do devedor. Na recuperação judicial, se faltar algum requisito, o juiz poderá determinar a emenda da inicial, ou mesmo indeferir o processamento da recuperação, mas não terá que decretar a falência do devedor, que poderá, inclusive, apresentar novo pedido devidamente instruído.

²³² Sobre os países europeus ver site indicado na nota 17.

O Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, não previa a entrega de nenhum plano do devedor em relação à concordata. Junto com a inicial, o devedor já apresentava as condições de pagamento, que, se fossem obedecidas todas as outras exigências legais, deveriam ser acatadas pelo juiz. Na recuperação judicial, o devedor terá que apresentar, nos sessenta dias posteriores à publicação de deferimento do pedido de recuperação, o plano de recuperação, discriminando detalhadamente os meios para a recuperação e demonstrando a viabilidade econômica do negócio, acompanhada de laudo econômico financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor.

O plano deve convencer aos credores da viabilidade da recuperação. Na assembleia-geral para aprovação do plano, podem ser apresentadas sugestões pelos credores, criando ambiente de negociação entre devedor e credores. As modificações ao plano não podem ser feitas sem a anuência do devedor, mas a não aprovação do plano implicará na decretação da falência. Assim, devedor e credores terão que chegar a um plano viável e que possibilite uma forma de pagamento menos gravosa para todos.

Apresentado o plano de recuperação judicial, se não houver nenhuma objeção por parte dos credores, não será necessária a aprovação pela assembleia-geral de credores. A Lei considera que tacitamente o plano foi aceito. Deve ficar bem claro que quem aprecia o conteúdo do plano são os credores. O juiz apenas julgará os aspectos formais.

Em relação aos prazos da concordata e da recuperação judicial, ambos se limitam a dois anos. Na concordata, o prazo iniciava-se na data do ajuizamento do pedido e o pagamento tinha que ser integralmente realizado dentro do prazo máximo de dois anos estabelecido pelo Decreto-Lei. Na recuperação judicial, o prazo inicia-se com a concessão da recuperação judicial e o devedor ficará sob seus efeitos por, no máximo, dois anos. Porém, o plano de recuperação pode trazer prazo de pagamento mais dilatado que este período de processamento da recuperação. E, se assim for, o devedor tem a obrigação de continuar cumprido com o estabelecido pelo plano, mas, após os dois anos, não mais será considerado empresário ou sociedade empresária em recuperação.

Outro efeito inédito na recuperação judicial é a possibilidade de o juiz afastar o devedor ou seus administradores da condução da atividade empresarial caso aconteça algum dos fatos previstos pela Nova Lei. Tais fatos tratam-se de condenações criminais, prejuízo a credores, má administração, negativa de prestar informações ou quando o próprio plano previr. Se o devedor for afastado, o negócio será assumido por um gestor judicial eleito pela assembleia-geral de credores. Na concordata, tal não era possível, pois não era previsto o

afastamento do concordatário da gestão da atividade. Ou se mantinha a concordata ou se decretava a falência.

Tentando incentivar os credores a continuar a manter as relações empresariais com o devedor, a Nova Lei de Falências prevê que as obrigações contraídas durante a recuperação judicial serão tidas como extraconcursais, em caso de decretação de falência. Também traz a previsão de que os credores titulares de créditos quirografários que continuarem a fornecer produtos e serviços ao devedor podem ter seus créditos elevados à categoria de créditos com privilégio geral. Na concordata, não existia nenhuma forma de incentivar os credores a manter o comércio com o concordatário.

O concordatário não tinha nenhuma indicação a fim de conscientizar terceiros de seu estado. Na recuperação, o devedor terá que acrescentar ao nome empresarial a expressão “em recuperação judicial”.

As microempresas e empresas de pequeno porte tiveram tratamento mais simplificado pela Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. O antigo Decreto-Lei, em relação à concordata, não tinha nenhum tratamento especial para estes devedores. Trazia, apenas na falência, um procedimento sumário quando o passivo fosse inferior a cem vezes o valor do salário mínimo.

Não existe mais qualquer meio capaz de afastar os efeitos da falência depois que esta for decretada, como acontecia com a concordata suspensiva prevista pelo Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. A recuperação judicial só pode ser requerida até o prazo de dez dias para apresentar contestação ao pedido de falência. Após este prazo, o devedor não mais conseguirá afastar os efeitos da falência.

Importante evolução da atual legislação é a possibilidade de negociação entre devedor e credores, que poderá resultar, inclusive, na chamada recuperação extrajudicial. O antigo Decreto-Lei trata a convocação de credores a fim de propor dilação, remissão de créditos ou cessão de bens como ato caracterizador do estado falimentar e motivo para o pedido de decretação de falência. Com a Nova Lei de Falências, o devedor é livre para tentar negociar com os credores e lhe é oferecida a possibilidade de homologar o acordo em juízo, para gerar os efeitos da recuperação extrajudicial.

Em relação às publicações, a regra era que fossem realizadas duas publicações no órgão oficial. A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, coloca como regra geral a publicação uma única vez na imprensa oficial. Se o devedor comportar, deverá ser feita outra publicação em jornal de grande circulação dentro da área em que o devedor exerça suas atividades.

Os processos que já estavam em curso quando da entrada em vigor da Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, continuaram a ser regulados pelo Decreto-Lei anterior. Porém, ficou proibida a concessão da concordata suspensiva para as falências em curso. Para os devedores que já se encontravam com a concordata deferida e estavam em dia com as obrigações assumidas, a Nova Lei possibilitou que estes requeressem recuperação judicial, que, se concedida, extinguiria a concordata em andamento. Para os que estavam impedidos de requerer concordata, o impedimento permaneceu também para a recuperação, exceto para as atividades ligadas à aviação, que não eram admitidas como concordatárias no Decreto-Lei anterior, mas podem requerer a recuperação pela Nova Lei.

Sem dúvida que a Nova Lei de Falências trouxe forte ruptura com a legislação anterior. Somente a Lei não é capaz de resolver todos os problemas do direito concursal brasileiro. Para uma correta aplicação da legislação é importante investir no treinamento dos juizes, a fim de lhes proporcionar maiores conhecimentos do direito concursal.

A qualidade e as habilidades dos juizes, recentemente desenvolvidas ou já existentes, são reforçadas por treinamento continuado. O treinamento deve incluir conceitos e técnicas básicos e mais sofisticados de falência, assuntos relacionados à legislação comercial, contabilidade e conceitos e técnicas de finanças, que são importantes na falência²³³. (WORLD BANK, 2001, p. 138).

Essas considerações serão aprofundadas na conclusão a seguir.

²³³ “The quality and skills of judges, newly appointed or existing, are reinforced by continuing training. Training should include basic and more sophisticated insolvency concepts and techniques, related commercial law subjects, and accounting and finance concepts and techniques that are important in insolvency. (Tradução livre).

6. CONCLUSÃO

Com a publicação do Código Civil de 2002, que modificou a noção de comerciante para a de empresário e sociedade empresária, a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, adotou a nova nomenclatura, dando tratamento único aos dois institutos sob a rubrica de devedor. A recuperação e a falência ficaram reservadas ao empresário e à sociedade empresária. Não foram contempladas as sociedades simples. As empresas estatais também não foram abrangidas. A atuação do Ministério Público deixou de ser obrigatória em todos os procedimentos.

Em 2004, o senador Ramez Tebet elaborou parecer para apresentar o projeto de lei ao plenário do Senado Federal, onde foi aprovado. O parecer listou os princípios que nortearam elaboração da Nova Lei de Falências na seguinte ordem: (1) preservação da empresa, (2) separação dos conceitos de empresa e de empresário, (3) recuperação das sociedades e empresários recuperáveis, (4) retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis, (5) proteção aos trabalhadores, (6) redução do custo do crédito no Brasil, (7) celeridade e eficiência dos processos judiciais, (8) segurança jurídica, (9) participação ativa dos credores, (10) maximização do valor dos ativos do falido, (11) desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte e (12) rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial.

Os princípios listados acima expressam a preocupação do legislador com a viabilização da recuperação judicial do devedor dentro da realidade mercadológica e judiciária brasileira, para tornar possível a aplicação da Nova Lei de Falências.

Em relação à preservação da empresa, o que se busca é a preservação da unidade produtiva que gera riqueza econômica, cria emprego e renda e é fonte de arrecadação do Estado, posto que contribui com o pagamento de impostos. Tal afirmativa não é de todo verdadeira. O mercado é uma estrutura dinâmica que se auto-regula pela lei da oferta e da procura. Não se está defendendo a idéia de livre mercado, sem qualquer interferência estatal. Pelo contrário, uma regulamentação por parte do Estado a fim de equilibrar forças e distribuir riquezas não elimina a lei da oferta e da procura. O que se busca analisar é o mercado como um todo. Assim, se um empresário ou sociedade empresária deixa um ramo de atividade, ficando uma carência de oferta pelo volume da demanda existente, os outros agentes financeiros, geralmente concorrentes, tratam de ocupar o lugar daquele que se retirou. E, para atender àquela demanda descoberta, terão que gerar riquezas, criar novos empregos e pagar

tributos. Portanto, no cômputo geral, não há que se alegar perdas sociais. Em relação a perdas de bens intangíveis como nome, ponto comercial, marcas, clientela, *know-how*, etc., em geral, o devedor que se encontra em crise econômico-financeira tem sua imagem denegrida no mercado, sendo, muitas vezes, mais fácil a ocupação do mercado por outro agente que possua tecnologia nova.

A separação dos conceitos de empresa e de empresário, se considerado o ordenamento jurídico como um todo, não deve ser feita pela lei que regula o direito concursal. Deve ser expressa na legislação comercial, que, no Brasil, foi unificada pelo Código Civil de 2002. Assim, o que deve buscar o direito concursal é a aplicação correta de tais conceitos, tendo o empresário ou sociedade empresária como aquele que organiza a atividade empresarial e, portanto, sujeito de direito e a empresa tida em seu sentido econômico de atividade organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, constituindo, assim, um objeto de direito. Não é esse um princípio do direito concursal que se deve ocupar prioritariamente esta legislação. Trata-se de institutos gerais do direito empresarial, que devem ser aplicados a todos os ramos afins.

A recuperação das sociedades e empresários recuperáveis e a retirada do mercado dos não recuperáveis tratam-se de duas faces de uma mesma moeda. Tais objetivos devem ser constantes não só para o legislador concursal, como para todos os aplicadores desta área específica do direito. O que se deve buscar não é manutenção de qualquer empresa. O mercado, como mecanismo dinâmico, está em constante evolução. É normal, e sempre foi, que novos agentes adentrem ao mercado e outros saiam. Os processos, as tecnologias, as formas de gestão, a economia mundial e todas as outras milhões de variáveis estão em constante modificação, o que obriga o empresário a reinventar sua atividade a cada instante. Para se usar uma linguagem da Biologia, pode-se comparar à teoria da evolução de Darwin: quem não evolui será extinto.

O empresário, para manter sua atividade competitiva, precisa acompanhar as tendências de mercado e, para sustentar uma posição de liderança, precisa mais que isso: precisa se adiantar a tais tendências. Assim, a recuperação deve servir para reerguer aquelas atividades viáveis que passam por dificuldades momentâneas e imprevisíveis. Se a atividade ou a forma que está sendo explorada não é mais viável, a tentativa de recuperação só irá gerar mais despesas para o devedor e mais prejuízos para os outros agentes envolvidos. Se não for passageira a crise, é porque o empresário não soube acompanhar as tendências e, se podia ser prevista, este não dedicou a atenção que a atividade demandava. É, pois, mais recomendável que saia do mercado.

Não restam dúvidas de que o ordenamento jurídico deve proteger os trabalhadores. Os empregados não podem dispor de todos os seus direitos para manterem seus postos de trabalho. Os créditos trabalhistas devem ser protegidos e a Nova Lei acerta ao limitar o prazo de pagamento de tais créditos. Mas o argumento de que o esforço para manutenção da empresa vai gerar a manutenção de postos de trabalho, à primeira vista, parece falacioso. Se se tem o mercado como um mecanismo que se auto-regula pela lei da oferta e da procura, como acima exposto, a extinção de uma empresa pode resultar em perdas de postos de trabalho em um primeiro momento, mas a outra empresa que assumir a demanda tende a criar outros postos de trabalho, que serão ocupados pelos mesmos ou outros trabalhadores. O sentido da preservação da empresa como célula econômica busca manter a unidade produtiva, com os postos de trabalho que gera, os tributos que paga e o volume de receita que origina. O ideal da política econômica é manter as empresas longe das crises. Porém, na eventualidade de ser atingido por uma crise, o devedor deve ter a chance de se recuperar e continuar atuando no mercado e mantendo seus empregados em atividade.

Não é crível que uma lei de falências e recuperações vai impactar significativamente no custo do crédito de um país. A principal variável que incide sobre o custo do crédito é a estabilidade econômica do país. Assim, o que mais influencia no custo do crédito, ou seja, na taxa de juros que os empresários e sociedades empresárias pagam aos agentes financeiros, é o número de empresas que se mantêm estáveis, tendo retorno de seus investimentos suficientes para pagar os empréstimos tomados e não o número de empresas que entram em crise e se recuperam. O que se vê é uma proteção ao crédito bancário, posto que estas instituições dispõem de formas de financiamento, tais como alienação fiduciária e arrendamento mercantil, que sequer se submetem à recuperação; além de exigir garantias que as colocam no topo da classificação dos créditos, em caso de falência. Apesar de, teoricamente, o crédito garantido dispor de juros menores, a ganância do setor financeiro — setor que obtém os maiores lucros no país — não deve resultar em diminuição das taxas de juros cobradas.

O direito concursal envolve normas de natureza material e processual. Uma boa estrutura normativa pode influenciar no trâmite dos processos de recuperação e de falência. A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, estabelece prazos peremptórios e improrrogáveis para as partes, buscando a celeridade dos processos. Somente a legislação não é suficiente; é necessário um adequado sistema judiciário, com varas especializadas, recursos financeiros suficientes para não emperrar o trâmite dos processos e juízes treinados e com conhecimento na área concursal, além de administradores judiciais com conhecimento dos processos e dos meios que a Nova Lei dispõe. Se obedecidos os prazos trazidos pela Lei, a

celeridade será obtida. Porém, a realidade do judiciário brasileiro, infelizmente, não leva a crer que os prazos serão cumpridos por parte dos órgãos do judiciário.

Também contribuirá para a celeridade da recuperação judicial a habilitação dos créditos, que será feita administrativamente perante o administrador judicial. Assim, só será necessária a apreciação judicial dos créditos impugnados. A desjudicialização do procedimento tende a torná-lo mais célere.

A segurança jurídica implica em confiança da população em geral no funcionamento eficiente do Poder Judiciário. Leis claras ajudam em muito, já que diminuem as divergências de interpretações, criando para as partes maior possibilidade de previsão da decisão a ser tomada. A jurisprudência consolidada sobre a matéria também contribui para maior segurança jurídica. Como se trata de lei nova, não há, ainda, decisões suficientes a consolidar o entendimento do judiciário sobre os vários pontos que envolvem o novo direito concursal. Em grande parte, será possível a aplicação de entendimentos sobre a legislação anterior. Mas, em vários pontos, a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, inova o direito concursal, principalmente no que se refere à recuperação judicial e extrajudicial. A busca por outras normas semelhantes no direito empresarial pode diminuir as incertezas, tal como a semelhança existente entre a assembléia-geral de credores e a assembléia de acionistas da sociedade anônima ou a assembléia de quotistas prevista no Código Civil de 2002.

A participação ativa dos credores dar-se-á por meio do Comitê de Credores e da assembléia-geral de credores. Sem dúvida, a recuperação judicial tem natureza contratual, posto que é necessário o consentimento dos credores para ser concedida. Mesmo na recuperação para microempresas e empresas de pequeno porte, é necessária a anuência, pois, se houver objeções de mais da metade dos credores, o juiz deve julgar improcedente o plano de recuperação. A Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, abandona a idéia da concordata como favor legal, para exigir a participação dos credores na recuperação judicial, modificando a natureza judicial para contratual.

A maximização do valor dos ativos é refletida diretamente na recuperação judicial pela norma que elimina a responsabilidade por sucessão em casos de alienação de filiais ou unidades produtivas do devedor. Sem ter que assumir o risco de dívidas anteriores à arrematação, os possíveis compradores podem oferecer valores mais condizentes com o preço de mercado dos bens do devedor. Alienando seus bens por preços mais elevados, o devedor poderá executar seu plano de recuperação com menos dificuldade, contribuindo para solucionar a crise econômico-financeira do devedor e para o pagamento dos credores.

Com a previsão do plano especial de recuperação para as microempresas e empresas de pequeno porte, a Lei busca diminuir os custos para estes devedores que dispõem de poucos recursos. O plano especial consiste basicamente em parcelamento dos créditos quirografários, sendo muito semelhante ao antigo regime da concordata preventiva. O ponto mais positivo é que o plano especial não é uma imposição da Lei, mas, sim, uma opção colocada à disposição dos microempresários e empresários de pequeno porte. Estes, se quiserem, podem optar pelo plano geral de recuperação judicial. Cabe a eles avaliarem os custos de cada opção legal.

A parte criminal na Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, não foi objeto de análise nesta dissertação, até por ser muito mais relacionada à falência do que à recuperação judicial. Limitou-se a dizer que tanto na falência, quanto na recuperação de sociedades, os sócios, diretores, gerentes, administradores, conselheiros e o administrador judicial equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais. Aplica-se a norma geral de direito penal que traz que todos os que contribuíram para a conduta criminosa devem ser punidos na medida de sua culpabilidade²³⁴. São os credores, o administrador judicial e o juiz os maiores responsáveis pela fiscalização das atividades do devedor, mas é importante que a Lei traga formas de se punir aqueles que se utilizam da recuperação para fraudar credores, a fim de se evitar abusos e minimizar os prejuízos dos titulares de créditos. Não basta a responsabilidade penal, também é importante impor responsabilidade civil para reparação dos danos causados aos credores, como faz a Nova Lei.

Não há dúvida de que a Lei Federal nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, trouxe pontos positivos ao direito concursal brasileiro. Algumas imperfeições legislativas passaram despercebidas na redação final, como o inciso II do § 3º do artigo 163, que traz: “*não serão computados os créditos devidos pelas pessoas relacionadas no art. 43 deste artigo*”. As duas últimas palavras, “*deste artigo*”, não fazem sentido na expressão. Deveria ter sido escrito “*desta lei*”.

Outras previsões trazem imperfeições ou dificuldades de aplicação, como inciso IV do artigo 71 e inciso III do artigo 63. No primeiro caso, a Lei dispõe que o plano especial de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte deve estabelecer a necessidade de autorização do juiz para o devedor aumentar despesas ou contratar empregados. Ora, não é o plano que tem que estabelecer esta obrigação, mas, sim, a lei. Trata-se de obrigação legal, cuja força cogente independe de existir previsão no plano de recuperação judicial. No outro dispositivo, a Lei coloca que o juiz determinará, na sentença

²³⁴ Art. 29 do Código Penal Brasileiro: “*Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*”.

que decretar o encerramento da recuperação, que o administrador judicial apresente relatório versando sobre a execução do plano de recuperação pelo devedor. Mais uma vez deixou-se passar a boa técnica legislativa, pois o relatório do administrador judicial deveria ser anterior à sentença que decreta o encerramento. Primeiro porque o juiz só deverá julgar encerrada a recuperação judicial se todas as obrigações foram cumpridas. Caso o devedor descumpra qualquer obrigação, a falência deverá ser decretada. Segundo porque, após a sentença que decretar o encerramento, o juiz não poderá modificar a decisão a fim de decretar a falência. Portanto, da forma que está disposto, o relatório do administrador judicial não terá finalidade.

Caberá aos aplicadores e intérpretes da Lei suprir estas imperfeições a fim de aplicar os bons princípios previstos e possibilitar uma realidade jurídico-legal mais próxima da realidade econômico-financeira do país.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e concordata**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. 559p.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 21. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2005a. 403p.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Nova lei de falências e recuperação de empresas – confrontada e breves anotações**. São Paulo: Quartier Latin, 2005b. 359p.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. 368p.

BATALHA, Wilson do Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de. **Falências e concordatas: comentários à lei de falências: doutrina, legislação, jurisprudência**. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 1999. 1104p.

BERGER, Dora. **A insolvência no Brasil e na Alemanha: estudo comparado entre a lei de insolvência alemã de 01.01.1999 (traduzida) e o projeto de lei brasileiro nº 4.376 de 1993 (com alterações de 1999) que regula a falência, a concordata preventiva e a recuperação das empresas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001. 383p.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2. 768p.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova lei de recuperação e falências comentada: Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, comentário artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 432p.

BIOLCHI, Osvaldo. Parecer sobre as emendas de plenário ao projeto de lei n. 4.376, de 1993, do poder executivo, que regula a falência, a concordata preventiva e a recuperação das empresas que exercem atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, p. 491-559, 03. dez. 1999. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>> Acesso em: 29 jan. 2007.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 8. ed. rev. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 603p.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.028**, de 06 de outubro de 2005. Revoga o art. 57 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que "Regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária", para dispensar a exigência de apresentação de certidões negativas de débitos tributários na instrução do requerimento de recuperação judicial. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=302679> Acesso em: 07 jan. 2007.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7.636**, de 07 de dezembro de 2006. Revoga o art. 57 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, para eliminar a exigência de

apresentação prévia de certidão negativa no processo de recuperação judicial. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=337862> Acesso em: 07 jan. 2007.

BRASIL. Código civil (2002). **Código Civil Brasileiro**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 22 dez. 2006.

BRASIL. Código de processo civil (1973). **Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm> Acesso em: 03 jan. 2007.

BRASIL. Código de processo penal (1941). **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689.htm> Acesso em: 20 jan. 2007.

BRASIL. Código penal (1940). **Código Penal Brasileiro**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De12848.htm> Acesso em: 09 jan. 2007.

BRASIL. Código tributário nacional (1966). **Código Tributário Nacional**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm> Acesso em: 07 jan. 2007.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. **Resolução 2.882**, de 30 de agosto de 2001. Dispõe sobre o sistema de pagamentos e as câmaras e os prestadores de serviços de compensação e de liquidação que o integram. Disponível em <<http://www5.bcb.gov.br/normativos/detalhamentocorreio.asp?N=101163546&C=2882&ASS=RESOLUCAO+2.882>> Acesso em: 24 jan. 2007.

BRASIL. Consolidação das leis do trabalho (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De15452.htm> Acesso em 13 jan. 2007.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em: 02 jan. 2007.

BRASIL. Constituição (1967). **Emenda constitucional n. 01**, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em <[BRASIL. Constituição \(1988\). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <\[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm\)> Acesso em: 22 dez. 2006.](http://www2.camara.gov.br/legislacao/constituicao/federal.html/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=364989&seqTexto=28547&PalavrasDestaque=> Acesso em: 02 jan. 2007.</p></div><div data-bbox=)

BRASIL. Decreto nº 3.065, de 06 de maio de 1882. Contém diversas disposições sobre concordatas. **Atos do Poder Legislativo**, Rio de Janeiro, 10 mai. 1882. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/Conteudo/Colecoes/Legislacao/leis1882_v1%20\(1076p\)/pdf04.pdf#page=9](http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/Conteudo/Colecoes/Legislacao/leis1882_v1%20(1076p)/pdf04.pdf#page=9)> Acesso em: 20 set. 2006.

BRASIL. Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890. Reforma o código comercial na parte III. **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, 24 out. 1890. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=68009>> Acesso em: 20 set. 2006.

BRASIL. Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências. **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, 31 jul. 1945.

BRASIL. Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 22 nov. 1966.

BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 27 fev. 1967.

BRASIL. Decreto-lei nº 261, de 28 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre as sociedades de capitalização e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 28 fev. 1967.

BRASIL. Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969. Altera disposições do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 29 set. 1969.

BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. **Palácio do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 25 jun. 1850.

BRASIL. Lei nº 859, de 16 de agosto de 1902. Reforma a lei sobre falências. **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, 16 ago. 1902. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=58912>> Acesso em: 22 set. 2006.

BRASIL. Lei nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908. Reforma a lei sobre falências. **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, 19 ago. 1908. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=58601>> Acesso em: 22 set. 2006.

BRASIL. Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, 27 dez. 1951. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1521.htm> Acesso em: 20 jan. 2007.

BRASIL. Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, 16 jul. 1965. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4728.htm> Acesso em: 23 jan. 2007.

BRASIL. Lei nº 4.983, de 18 de maio de 1966. Altera disposições do Decreto-lei número 7.661, de 21 de junho de 1945 (Lei de Falências). **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, 20 mai. 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4983.htm> Acesso em: 06 dez. 2006.

BRASIL. Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971. Abre a legislação sobre distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, a título de propaganda, estabelece normas de proteção à poupança popular, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 21 dez. 1971.

BRASIL. Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974. Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 13 mar. 1974.

BRASIL. Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974. Dispõe sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 12 set. 1974.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. **Diário Oficial**, Brasília, 17 dez. 1976.

BRASIL. Lei nº 7.274, de 10 de dezembro de 1984. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945 - Lei de Falências. **Diário Oficial**, Brasília, 11 dez. 1984.

BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Código brasileiro de aeronáutica. **Diário Oficial**, Brasília, 20 dez. 1986.

BRASIL. Lei nº 8.131, de 24 de dezembro de 1990. Dá nova redação aos arts. 144, 159, 163 e 210 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945 (Lei de Falências). **Diário Oficial**, Brasília, 26 dez. 1990.

BRASIL. Lei nº 8.176, de 08 de fevereiro de 1991. Define crimes contra a ordem econômica e cria o sistema de estoques de combustíveis. **Diário Oficial**, Brasília, 13 fev. 1991.

BRASIL. Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 12 mai. 1994.

BRASIL. Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996. Dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 05 dez. 1996.

BRASIL. Lei nº 9.841, de 05 de outubro de 1999. Institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispendo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto nos arts. 170 e 179 da Constituição Federal. **Diário Oficial**, Brasília, 06 out. 1999.

BRASIL. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 29 jan. 2000.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial**, Brasília, 09 fev. 2005.

BRASIL. Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica; altera o Decreto-Lei no 288, de 28 de fevereiro de 1967, o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972, o Decreto-Lei no 2.287, de 23 de julho de 1986, as Leis nos 4.502, de 30

de novembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.245, de 18 de outubro de 1991, 8.387, de 30 de dezembro de 1991, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.311, de 24 de outubro de 1996, 9.317, de 5 de dezembro de 1996, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.336, de 19 de dezembro de 2001, 10.438, de 26 de abril de 2002, 10.485, de 3 de julho de 2002, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 11.051, de 29 de dezembro de 2004, 11.053, de 29 de dezembro de 2004, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 11.128, de 28 de junho de 2005, e a Medida Provisória no 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga a Lei no 8.661, de 2 de junho de 1993, e dispositivos das Leis nos 8.668, de 25 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, e da Medida Provisória no 2.158-35, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 21 nov. 2005.

BRASIL. Lei complementar nº 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 30 mai. 2001.

BRASIL. Lei complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005. Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, e dispõe sobre a interpretação do inciso I do art. 168 da mesma Lei. **Diário Oficial**, Brasília, 09 fev. 2005.

BRASIL. Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nos 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. **Diário Oficial**, Brasília, 14 dez. 2006.

BRASIL. Presidência da República. Mensagem de veto nº 59, de 09 de janeiro de 2005. Mensagem de veto parcial, por contrariedade ao interesse público, do Projeto de Lei no 4.376, de 1993 (nº 71/03 no Senado Federal), que “Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária”. **Diário Oficial**, Brasília, 9 fev. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 264. É irrecurível o ato judicial que apenas manda processar a concordata preventiva. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 20 de maio 2002. Seção I, p. 188.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 366. Concordata - Competência. Foro competente para a concordata preventiva é o do local em que o comerciante tem seu principal estabelecimento. Entende-se por principal estabelecimento, não necessariamente aquele indicado como sede, nos estatutos ou no contrato social, mas a verdadeira sede administrativa, em que está situada a direção da empresa, de onde parte o comando de seus negócios. Suscitante: Juízo de Direito da Vara Cível de Apucarana-PR. Suscitado: Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de São Paulo-SP. Relator: Min. Eduardo Ribeiro, Brasília, 11 out. 1989. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 27 nov. 1989. p. 17561.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 1.779. Concordata preventiva. Foro competente. Processa-se a concordata no local do estabelecimento principal, entendendo-se como tal onde se acha a sede administrativa da empresa, isto é, o comando dos negócios. Conflito conhecido e declarado competente o suscitado. Suscitante: Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de São José dos Pinhais-PR. Suscitado: Juízo de Direito da 15ª Vara Cível de São Paulo-SP. Relator: Min. Nilson Naves, Brasília, 14 ago. 1991. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 09 set. 1991. p. 12170.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 21.896. COMPETÊNCIA. CONFLITO. FALÊNCIA. FORO DO ESTABELECIMENTO PRINCIPAL ATUAL DA RÉ. LUGAR ONDE A ATIVIDADE COMERCIAL DA EMPRESA SE MANTÉM CENTRALIZADA. PRECEDENTES. I - Segundo o art. 7.º do Decreto-Lei 7.661/45, "é competente para declarar a falência o Juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil". II - Consoante entendimento jurisprudencial, invocado pelo suscitante e adotado pela Seção, respaldado também em abalizada doutrina, "estabelecimento principal é o local onde a atividade se mantém centralizada", não sendo, de outra parte, "aquele a que os estatutos conferem o título principal, mas o que forma o corpo vivo, o centro vital das principais atividades do devedor". Suscitante: Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Poços de Caldas-MG. Suscitado: Juízo de Direito da 5ª Vara Cível da Piracicaba-SP. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília, 10 jun. 1998. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 08 set. 1998. p. 11.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 21.899. COMPETÊNCIA. CONFLITO. FALÊNCIA. FORO DO ESTABELECIMENTO PRINCIPAL ATUAL DA RÉ. LUGAR ONDE A ATIVIDADE COMERCIAL DA EMPRESA SE MANTÉM CENTRALIZADA. PRECEDENTES. REGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. MATÉRIA ESTRANHA AO CONFLITO. I - Segundo o art. 7º do Decreto-Lei 7.661/45, "é competente para declarar a falência o Juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil". II - Consoante entendimento jurisprudencial, invocado pelo suscitante e adotado pela Seção, respaldado também em abalizada doutrina, "estabelecimento principal é o local onde a atividade se mantém centralizada", não sendo, de outra parte, "aquele a que os estatutos conferem o título principal, mas o que forma o corpo vivo, o centro vital das principais atividades do devedor". III - Descabe, no caso, o exame da regularidade da representação processual suscitada pelo "Parquet", matéria não posta à apreciação no conflito. Suscitante: Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Poços de Caldas-MG. Suscitado: Juízo de Direito da 5ª Vara Cível da Piracicaba-SP. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília, 10 jun. 1998. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 08 set. 1998. p. 11.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 27.835. Competência. Falência. Foro do estabelecimento principal do devedor. I - A competência para o processo e julgamento do pedido de falência é do Juízo onde o devedor tem o seu principal estabelecimento, e este "é o local onde a atividade se mantém centralizada", não sendo, de outra parte, "aquele a que os estatutos conferem o título principal, mas o que forma o corpo vivo, o centro vital das principais atividades do devedor" (CC nº 21.896 - MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo). II - Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de direito da 8ª Vara Cível de São Paulo - SP, suscitado. Suscitante: Juízo de Direito da Vara de Falências e Concordatas de Brasília-DF. Suscitado: Juízo de Direito da 8ª Vara Cível de São Paulo-SP.

Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Brasília, 14 mar. 2001. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 09 abr. 2001. p. 328.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 32.988. COMPETÊNCIA. CONFLITO. FALÊNCIA. FORO DO ESTABELECIMENTO PRINCIPAL DA RÉ. PRECEDENTES. MUDANÇA DE DOMICÍLIO. INTENÇÃO DE FRAUDAR. CONFLITO CONHECIDO. I - Segundo o art. 7º do Decreto-Lei 7.661/45, "é competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil". II - Consoante entendimento jurisprudencial, respaldado em abalizada doutrina, "estabelecimento principal é o local onde a atividade se mantém centralizada", não sendo, de outra parte, "aquele a que os estatutos conferem o título principal, mas o que forma o corpo vivo, o centro vital das principais atividades do devedor". III - A transferência da sede da empresa do Rio de Janeiro, RJ, onde manteve seus negócios por muitos anos, para Caucaia, CE, depois de mais de trezentos títulos protestados e seis pedidos de falência distribuídos na Comarca fluminense, e o subsequente pedido de autofalência no domicílio cearense, evidenciam a pretensão de fraudar credores e garantir o deferimento da continuidade dos negócios em antecipação a qualquer credor ou interessado. Suscitante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Suscitados: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília, 14 nov. 2001. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 04 fev. 2002. p. 269.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 451.614. Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Competência. Falência. Súmula nº 07/STJ. 1. Competente para o processamento e julgamento do pedido de falência é o Juízo do local onde o devedor mantém suas atividades e seu principal estabelecimento. O Acórdão recorrido, mediante análise de todo conteúdo probatório dos autos, concluiu que a direção e administração de todos os negócios da agravante, bem como o seu centro de atividades, estão localizados no Distrito Federal. Ultrapassar os fundamentos do Acórdão demandaria, inevitavelmente, o reexame de provas, procedimento vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 07/STJ. 2. Agravo regimental desprovido. Agravante: Pneumaximo Ltda. Agravados: Sérgio Palomares e outros. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, 25 nov. 2002. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 17 fev. 2003. p. 275.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 37.736. Processo civil. Competência. Conflito positivo. Pedidos de falência e de concordata preventiva. Principal estabelecimento. Centro das atividades. Competência absoluta. Prevenção. Juízo incompetente. Sentença de declaração de falência prolatada por juízo diverso daquele em que estava sendo processada a concordata. Pedido de falência embasado em título quirografário anterior ao deferimento da concordata. Nulidade da sentença. - O juízo competente para processar e julgar pedido de falência e, por conseguinte, de concordata é o da comarca onde se encontra "o centro vital das principais atividades do devedor", conforme o disposto no art. 7º da Lei de Falências (Decreto-Lei n. 7.661/45) e o firme entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema. - A competência do juízo falimentar é absoluta. - A prevenção prevista no § 1º do art. 202 da Lei de Falências incide tão-somente na hipótese em que é competente o juízo tido por preventivo. - Constatado que a falência foi declarada pelo juízo suscitado enquanto processada a concordata em outro juízo e, ainda, que o título quirografário que embasou o pedido de falência era anterior ao deferimento da concordata, impõe-se anular essa sentença que declarou a falência. - Conflito conhecido, declarada a competência do Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Manaus – AM, anulados os atos decisórios praticados pelo Juízo de Direito da 39ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo – SP e a sentença de

declaração de falência proferida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Manaus – AM. Suscitante: Juízo de Direito da 39ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo – SP. Suscitado: Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Manaus – AM. Relator: Min. Nancy Andrichi, Brasília, 11 jun. 2003. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 16 ago. 2004. p. 130.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 448.575. Execução – Arrematação – Imóvel – ‘Preço vil’ – Conceito. 1. O conceito de preço vil resulta da comparação entre o valor de mercado do bem penhorado e aquele da arrematação. 2. Em se tratando de arrematação de imóveis, presume-se vil o lance inferior a 50% do valor da avaliação atualizado. O respeito aos arts. 620 e 692 do CPC exige a atualização dos valores dos bens que irão à hasta pública. 3. Recurso provido. Recorrente: Hildo Gonçalves dos Santos. Recorrido: Banco do Nordeste do Brasil S/A. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, Brasília, 23 ago. 2003. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 22 set. 2003. p. 263.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 190. O não pagamento de título vencido há mais de trinta dias, sem protesto, não impede a concordata preventiva. **Imprensa Nacional**, Brasília, 1964, p. 97.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 227. A concordata do empregador não impede a execução de crédito nem a reclamação de empregado na justiça do trabalho. **Imprensa Nacional**, Brasília, 1964, p. 109.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 15.706. Concordata preventiva. Quando se caracteriza a impontualidade de pagamento. Recorrente: Soc. Fluminense Distribuidora de açúcar Ltd. Recorrido: Coutinho & Ferreira. Relator: Min. Fafayette de Miranda, Rio de Janeiro, 10 ago. 1950. **Diário de Justiça da União**, Rio de Janeiro, 28 set. 1950.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 16.150. Concordata preventiva. Lei de falências, arts. 8 e 140 n. II – Apresentação de livros, sua finalidade. Art. 24 da lei 187 de 15 de janeiro de 1936. Arts. 140, II, 160 §1º, 161 e 162, I da lei de falências. Protesto. Dissídio de jurisprudência. Recorrente: Ocire Exportadora Agro Pecuária Ltda. Recorrido: Rodrigues Alves e Cia. e outro. Relator: Min. Orozimbo Nonato, Rio de Janeiro, 06 abr. 1951. **Diário de Justiça da União**, Rio de Janeiro, 26 abr. 1951.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 49.386. Concordata. Sua conversão em falência há de resultar do fato de ter o devedor títulos vencidos e previamente protestados. Inteligência dos arts. 8º, 140, II e a62, II da Lei de Falências. Recorrente: Banco Hipotecário Lar Brasileiro S. A. Recorrido: Castro Araújo e Cia. Ltda. Relator: Min. Ribrio da Costa, Brasília, 03 jul. 1962. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 02 ago. 1962.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Conflito de Jurisdição n. 6.025. 1. Foro competente para declarar a falência nos termos do art. 7, caput, da lei falencial. De como se define o estabelecimento básico mencionado na sobredita regra. Não é aquele a que os estatutos da sociedade conferem o título de principal, mas o que forma concretamente o corpo vivo, o centro vital das principais atividades comerciais do devedor, a sede ou núcleo dos negócios em sua palpitante vivência material. 2. Conflito de competência decidido pelo supremo tribunal na consideração do que acima e definido como estabelecimento principal ou básico ou devedor. Suscitante: Curador de Massas Falidas. Suscitados: Tribunal de Justiça do Estado

de São Paulo e Juízo de Direito de Prudentópolis. Relator: Min. Antônio Neder, Brasília, 02 dez. 1976. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 18 fev. 1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 98.928. Falência. Competência absoluta. Lugar do principal estabelecimento. 1- O juízo da falência somente pode ser instaurado, nos termos da lei específica, no foro do estabelecimento principal do falido, sendo, pois, absolutamente incompetente para declarar o estado do falido o juízo do estabelecimento subsidiário. Recurso extraordinário conhecido em parte e provido nessa parte. Recorrente: FIAT Diesel Brasil S/A. Recorrido: Dulberto Duarte Delben. Relator: Min. Rafael Mayer, Brasília, 13 jun. 1983. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 12 ago. 1983.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa** – o novo regime da insolvência empresária. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 463p.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis dos trabalho**. 30. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2005. 1322p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, 953 p.

CASTRO, Carlos Alberto Ferracha de. **Fundamentos de direito falimentar**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. 220p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. 358p

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 536p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3. 418p.

COIMBRA, Márcio Chalegre. **A recuperação da empresa: regimes jurídicos brasileiro e norte-americano**. Porto Alegre: Síntese, 2000. 158p.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. 133p.

CORRÊA, Maurício. Exposição de motivos do ministro de estado da justiça sobre o texto do projeto de lei que dispõe sobre falências e concordatas. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, p.491-559, 22. fev. 1994. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>> Acesso em: 29. jan. 2007.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade anônima**. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 566 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. 674p.

DORIA, Dylson. **Curso de direito comercial**. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2. 371p.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2005. 378p.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2006. 827p.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de direito comercial**. 4. ed. rev. aum. São Paulo: Max Limond, 1955. v. 5. 517p.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 1056p.

GAVAZZONI, Aluísio. **História do direito: dos sumérios até a nossa era**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. 150p.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. 924 p.

GONTIJO, Vinícius José Marques. O empresário no novo código civil brasileiro. **Revista de julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 94, p. 19-36, jan./mar. 2004.

GRAU, Eros Roberto. Empresas estatais ou estado empresário. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. Cap. 6, p. 101-119.

GUIMARÃES, Maria Celeste Morais. **Recuperação judicial de empresas: direito concursal contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 305p.

GUERRA, Érica; LITRENTO, Maria Cristina Frascari (Org.). **Nova lei de falências: lei 11.101, de 9/2/2005, comentada**. Campinas: LZN, 2005. 358p.

HESPANHA, Antônio Manoel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 552p.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. Versão 1.0.5. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002.

JHERING, Rudolf von. **A evolução do direito**. Salvador: Progresso, 1953. 441p.

JHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito**. São Paulo: Bookseller, 2002. v.1. 374p.

LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de direito falimentar**. 14. ed. rev. e atual. por Jorge Miranda Magalhães. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. 466p.

LOBO, Jorge Joaquim. **Da recuperação da empresa no direito comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993. 229p.

- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. 487p.
- MACHADO, Rubens Approbato (coord.). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. 480p.
- MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. **Prática do processo falencial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. 372p.
- MAMEDE, Gladson. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2006. v. 4. 656p.
- MANDEL, Júlio Kahan. **Nova lei de falências e recuperação de empresas anotada: lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. São Paulo: Saraiva, 2005. 384p.
- MARTINS, Fran. **Títulos de crédito**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1. 360p.
- MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo. São Paulo: Malheiros, 1996. 734p
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. 870p.
- MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Besnard Frères, 1916. v. 7. 576p.
- MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Besnard Frères, 1917. v. 8. 604p.
- MIRANDA, Maria Bernadete. **Nova lei de falências**. São Paulo: Rideel, 2005. 374p.
- NÁUFEL, José. **Novo dicionário jurídico brasileiro**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Parma, 1984. 3v. 858p.
- NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. São Paulo: Saraiva, 2005. 202p.
- OTÁVIO, Chico. Varig entra com pedido de recuperação judicial na Justiça. **O Globo**, Rio de Janeiro, 17 jun. 2005. Aviação e turismo. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/boaviagemonline/aviacao/168715661.asp>>. Acesso em: 19 jun. 2005.
- PACHECO, José da Silva. **Processo de falência e concordata: comentários à lei de falências - doutrina - prática - jurisprudência**. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 881p.
- PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e LC 118 de 9 de Fevereiro de 2005**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. 735p.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 1ª Vara de Cível de Ponta Grossa. Processo nº 390/2005 – **Recuperação judicial**. Requerente: Wosgrau Participações Indústria e Comércio Ltda. Juiz: Luiz Henrique Miranda, Ponta Grossa, 02 dez. 2005. Disponível em <http://www.assejepar.com.br/cgi-bin/det_processo.asp?processo=30016&cbo_comarca=003&cbo_cartorio=11&npag=1&txt_pesquisa=WOSGRAU&cbo_pesquisa=6&rdo_tipo_pesquisa=2&vpag=&> Acesso em: 06 jan. 2007.

PARMALAT BRASIL S/A – INDÚSTRIA DE ALIMENTOS. **Plano de recuperação judicial de Parmalat Brasil S/A – Indústria de Alimentos**. Recuperação Judicial nº 000.05.068090-0. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo. 22/12/2005. Disponível em <http://projetos.websolucoes.com.br/parmalat/situacao_fiscal/pdf/20051227/PlanoRecuperacao.pdf> Acesso em: 09 jan. 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Instituições de direito civil**: teoria geral das obrigações. 20. ed. rev. e atual. por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 2. 430p.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas**: um estudo sistematizado da nova lei de falências. São Paulo: IOB Thomson, 2006. 290p.

PORTUGAL. Decreto-lei nº 53, de 18 de março de 2004. Código da insolvência e da recuperação de empresas. **Diário da República**, Lisboa, 18 mar. 2004. p. 1402-1465.

REQUIÃO, Rubens. A crise do direito falimentar brasileiro. In: REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**: concordatas, crimes falimentares, intervenção e liquidação extrajudicial. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 2. Apêndice, p. 247-258.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**: falência. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1. 411p.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**: concordatas, crimes falimentares, intervenção e liquidação extrajudicial. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2. 303p.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 8ª Vara Empresarial da Capital. Processo nº 2005.001.072887-7 – **Recuperação judicial**. Requerente: VARIG S/A – Viação Aérea Riograndense. Juiz: Juiz Luiz Roberto Ayoub, Rio de Janeiro, 28 dez. 2005. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br/>> Acesso em: 06 jan. 2007.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento n. 2006.002.07023**. Comercial e Processual Civil. Agravo de instrumento interposto pela União Federal contra decisão que concedeu a recuperação judicial às Agravadas e contra a rejeição dos embargos de declaração que se destinavam a sanar vícios nela verificados. Agravante que pretende a reforma da decisão concessiva da recuperação judicial para condicioná-la à apresentação das certidões de regularidade fiscal. Recurso de terceiro prejudicado. Ausência de interesse em recorrer ante a circunstância de que os créditos tributários não estão sujeitos à recuperação judicial, permanecendo intocáveis os seus meios de cobrança. Inteligência do artigo 499, § 2º do Código de Processo Civil e do artigo 6º, § 7º da Lei 11.101/2005. Agravo de instrumento não conhecido. Decisão não unânime. Agravante: União Federal. Agravado: VARIG S/A – Viação Aérea Rio Grandense e outros. Relatora: Des. Ana Maria Oliveira, Rio de Janeiro, 24 out. 2006. Disponível em <<http://srv7.tj.rj.gov.br/inteiroTeor/abrePDF.do?>>

nomeDir=2006002&nomeArq=07023.0001.01.20061024.436&nomeSubDir=07001.07500>
Acesso em: 06 jan. 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 640p.

ROCCO, Alfredo. **Il fallimento**: teoria generale e origine storica. Milão: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1962. 206p.

ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial**: parte geral. Tradução: Cabral de Moncada. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1931. 512p.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Capital. Processo nº 583.00.2005.068090 – **Recuperação judicial**. Requerente: PARMALAT BRASIL S/A - INDÚSTRIA DE ALIMENTOS. Juiz: Alexandre Alves Lazzarini, São Paulo, 02 fev. 2006. Disponível em <http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj.iframe.www1?url=%2FPesquisas%2F1aInstancia%2Fcivel_capital%2Ftjsp_pesquisas_1ainstancia_civel_capital.asp%3Fopcao%3DProcessos++1%C2%AA+Inst%C3%A2ncia+-+Comarcas+da+Capital+-+C%C3%ADvel> Acesso em: 06 jan. 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Capital. Processo nº 583.00.2005.070715-0 – **Recuperação judicial**. Requerente: VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO SOCIEDADE ANÔNIMA - VASP. Juiz: Alexandre Alves Lazzarini, São Paulo, 24 ago. 2006. Disponível em <<http://www.vasp.com.br/arquivos/homologacaovasp.pdf>> Acesso em: 06 jan. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. rev. e atual. nos termos da reforma constitucional. São Paulo: Malheiros, 1998. 863p

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes (coord.); **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**: lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 670p.

TEBET, Ramez. Parecer sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 71, de 2003 (nº 4.376/93, na Casa de origem), de iniciativa do Presidente da República, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. **Diário de Senado Federal**. Brasília, 10 jun. 2004. p. 17854-17882. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/diario/>> Acesso em: 09 jan. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 44. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 815p.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2005. 500p.

TZIRULNIK, Luiz. **Direito falimentar**. 7. ed. rev. ampl. atual. de acordo com a Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 332p.

VALDEZ, João Fernandes. **Dicionário francês-português/português-francês**. Belo Horizonte: Garnier, 2000. 831p.

VALLE, Gabriel. **Dicionário latim-português**. São Paulo: IOB Thomson, 2004. 939p.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1948. v. 1. 507p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2. 656p. (Coleção direito civil).

VICECONTI, Paulo Eduardo Vichez; NEVES, Silvério das. **Introdução à economia**. 2.ed. rev. ampl. São Paulo: Frase, 1996. 506p.

WORLD BANK. Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, p. 123-167. abr-jun. 2001.